

# VU Research Portal

## Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting

van Ommeren, F.J.

### ***published in***

Rechtsgeleerd magazijn Themis  
2018

### ***document version***

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, F. J. (2018). Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting: De publiekbelangenbenadering. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 179(2), 39-57.  
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/202513/1001373629>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Van de overheidsvennootschap en de overheidsstichting<sup>1</sup>

## De publiekbelangbenadering

Prof. mr. F.J. van Ommeren\*

### 1. Inleiding

Voor de uitoefening van publieke taken kunnen we in ons staatsbestel – in aanvulling op de publiekrechtelijke overheid – niet goed zonder overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. De Staat der Nederlanden neemt tegenwoordig in ongeveer 30 overheidsvennootschappen deel.<sup>2</sup> Daarnaast zijn er op centraal niveau ongeveer 275 overheidsstichtingen.<sup>3</sup> Als men de overheidsvennootschappen en vooral de overheidsstichtingen op decentraal niveau meetelt, wordt dit aantal nog veel hoger. Ze zijn van belang in een groot aantal verschillende sectoren, zoals de energievoorziening, het openbaar vervoer, het financieel toezicht, de mediasector, het onderwijs, het milieu (afval) etc.

Ofschoon er enige wettelijke drempels zijn, kost het de overheid – niet alleen de Staat maar ook de gemeenten en provincies – niet al te veel moeite om in een vennootschap te participeren of een stichting op te richten. Tamelijk recent is een van die wettelijke drempels, het preventief toezicht op gemeenten en provincies, geslecht. Daardoor is het nog eenvoudiger geworden om deze stap te zetten.

De Staat voert als aandeelhouder al jaren beleid ten aanzien van deze vennootschappen, het zogeheten staatsdeelnemingenbeleid. Vrij recent heeft zich – vrij geruisloos – een kleine revolutie in dit staatsdeelnemingenbeleid voltrokken: na een jarenlange benadering die gebaseerd was op het adagium ‘privatiseren tenzij’ en vervolgens een tegengestelde benadering die gebaseerd was op het adagium ‘publiek tenzij’, kennen we sinds enige jaren een neutrale benadering die primair de behartiging van het *publiek belang* voorop stelt. Niet alleen ten aanzien van de overheidsvennootschappen maar ook met betrekking tot de overheidsstichtingen wordt door de overheid beleid gevoerd, zij het wat minder uitdrukkelijk. Een goede analyse van de vraag op welke wijze de overheid overheidsvennootschappen en -stichtingen kan beïnvloeden en op welke wijze zij er toezicht op kan uitoefenen, is dan ook incompleet als daarbij niet het beleid wordt betrokken.

Daar komt nog iets bij. Zoals een ieder dient ook de overheid haar beleid gestalte te geven binnen de kaders van het rechtspersonenrecht. Dat is een min of meer vaststaand kader, zij het dat door recente wetsvoorstellen als de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen<sup>4</sup> en de uitwerking die aan boek 2 BW in de rechtspraak wordt gegeven, dit kader wel voortdurend aan enige verandering onderhevig is. De overheid bevindt zich echter in een bijzondere positie doordat zij bovendien zelf specifieke wettelijke voorzieningen kan treffen. En dat laat

---

<sup>1</sup> Vrij naar: ‘*Van de bv en de nv*’ (Van Schilfgaarde) en ‘*Van stichting en vereniging*’ (Dijk / Van der Ploeg) etc.

<sup>2</sup> Zie het *Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2016* (bijlage bij Kamerstukken 2016/17, 28 165, nr. 274).

<sup>3</sup> Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen; Achtergrondstudie*, Kamerstukken II 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 3. Dit rapport bevat een bijlage met een overzicht van de overheidsstichtingen per eind 2008. De Algemene Rekenkamer telde uitsluitend de stichtingen die de overheid heeft opgericht, mede-opgericht of doen oprichten. Ik heb een voorkeur voor een iets ruimere maatstaf (zie paragraaf 2), daardoor komt dit getal uiteraard hoger te liggen.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 1 e.v.

zij zeker niet na. In uiteenlopende sectorspecifieke wetgeving – zoals onder meer de Drinkwaterwet, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, de Wet financieel toezicht, de Bankwet 1998, de Mediawet 2008 en de Wet op het Primair onderwijs en de Wet op het Voortgezet Onderwijs –<sup>5</sup> heeft zij wettelijke grondslagen gecreëerd om beter toezicht op de overheidsvennootschappen en de overheidsstichtingen te kunnen houden en het beleid of de beslissingen van deze rechtspersonen te kunnen beïnvloeden. Zoals zal blijken vormen deze specifieke wettelijke voorzieningen doorgaans een aanvulling op het rechtspersonenrechtelijke kader, maar niet uitgesloten is dat zij op gespannen voet met het rechtspersonenrecht staan of dit kader zelfs doorkruisen.

Het is overigens opmerkelijk dat er betrekkelijk weinig belangstelling in de juridische literatuur bestaat voor overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen, ofschoon deze rechtspersonen in ons bestel toch een wezenlijke bijdrage leveren aan de vervulling van publieke taken.<sup>6</sup> Maar voor zover die belangstelling er wel is, springt in het oog dat in de schaarse literatuur over de overheidsvennootschap en de overheidsstichting het beleidsmatige karakter nog (vrijwel) niet aan de orde komt<sup>7</sup> en de sectorspecifieke wetgeving eveneens stiefmoederlijk wordt behandeld.<sup>8</sup> Dat is een reden te meer om in deze bijdrage juist hierop de nadruk te leggen.

Deze bijdrage opent met een korte uiteenzetting over wat precies onder een overheidsvennootschap en een overheidsstichting moet worden verstaan (paragraaf 2). Kern van deze bijdrage vormt de publiek belang benadering, zoals die sinds enige jaren met name uit het staatsdeelnemingenbeleid blijkt. Daarbij wordt eerst ingegaan op haar functie, rol en inhoud (paragraaf 3). Bijzondere aandacht krijgt daarna de betekenis van deze benadering voor de totstandkoming van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen (paragraaf 4).

Vervolgens staat de vraag centraal op welke wijze de overheid overheidsvennootschappen en -stichtingen kan beïnvloeden en op welke wijze zij er toezicht op kan uitoefenen. Ook hier zal blijken dat het beleid van de nodige betekenis is. Het is weinig zinvol, en vanwege de omvang vanzelfsprekend ook niet mogelijk, in dit bestek alle reguliere beïnvloedingsmogelijkheden te bespreken die de overheid kunnen toekomen. Ik heb gekozen voor een bespreking van de beïnvloedingsmogelijkheden die vooral in het vigerende staatsdeelnemingenbeleid een relatief geprononceerde plaats innemen. Het zijn de

---

<sup>5</sup> In de paragrafen 5 t.e.m. 7 volgt van elk minstens één voorbeeld.

<sup>6</sup> Zie evenwel eerder in dit blad A.A. van Rossum, Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (n.v. of b.v.) in het kader van privatisering, *RM Themis* 1997, p. 83 e.v.

<sup>7</sup> Voor de oudere publicaties – zoals Van Rossum 1997 en J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg*, Afscheidsrede KUN, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 – geldt dat het staatsdeelnemingenbeleid toen nog nauwelijks uitdrukkelijk van de grond was gekomen. Ik noem verder met name de twee dissertaties op dit terrein: K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, diss. UU, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 en J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, diss. UL, Deventer: Kluwer 2013. Hetzelfde geldt evenwel voor de hierna te noemen literatuur.

<sup>8</sup> Een lezenswaardige recente uitzondering vormen de preadviezen van C.H.C. Overes en E. Plomp waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen het hiervoor genoemde wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de onderwijswetgeving respectievelijk de wetgeving op het terrein van de gezondheidszorg, zie J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector*, preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Zutphen: Paris 2016, p. 71 e.v. en p. 105 e.v.

instrumenten die in dit beleid onder de noemer van de ‘corporate governance’ of het ‘goed ondernemingsbestuur’ dan wel in sectorspecifieke wetgeving bij uitstek aandacht krijgen.<sup>9</sup> In het bijzonder betreft het de bevoegdheid van de overheid om bestuurders en commissarissen (interne toezichthouders) bij deze rechtspersonen te benoemen (paragraaf 5). In het huidige tijdsgewricht kan voorts de – gevoelige – beïnvloeding van de bezoldiging niet onvermeld blijven (paragraaf 6). Daarna komen ook de goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden aan de orde (paragraaf 7).

Afgesloten wordt met enige aandacht voor de keuze tussen de overheid als publiekrechtelijke rechtspersoon dan wel de oprichting van of deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon ter behartiging van bepaalde publieke belangen (paragraaf 8). Die vraag kan niet goed worden besproken zonder daarbij eerst de beïnvloedingsmogelijkheden van de overheid ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen in ogenschouw te nemen.

Ten slotte nog een terminologische opmerking vooraf. Aangezien de buitengrenzen van het begrip ‘overheid’ nogal vaag zijn en dit begrip in verschillende zin pleegt te worden gebezigd,<sup>10</sup> zij hier opgemerkt, dat ik in deze bijdrage onder het begrip ‘overheid’ uitsluitend de *publiekrechtelijke* rechtspersonen versta, zoals de Staat, de provincie, de gemeente, de waterschappen enz. De overheidsvennootschap en de overheidsstichting hebben – uiteraard – per definitie een privaatrechtelijke rechtsvorm. Dat conceptuele onderscheid maakt het goed mogelijk zonder misverstanden de verhouding tussen de (publiekrechtelijke) overheid enerzijds en de (privaatrechtelijke) overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen anderzijds te beschouwen.

## **2. Overheidsvennootschap en overheidsstichting**

Overheden – meer precies: publiekrechtelijke rechtspersonen – kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten of in privaatrechtelijke rechtspersonen deelnemen. In de organieke wetgeving is deze bevoegdheid expliciet tot uitdrukking gebracht. Men zie de Comptabiliteitswet 2016 (art. 4.7 lid 1), de Gemeentewet (art. 160 lid 2), de Provinciewet (art. 158 lid 2) en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (art. 31a en 44a). Er wordt in de praktijk gesproken van een overheidsdeelneming – respectievelijk Staatsdeelneming, gemeentelijke deelneming enz. – wanneer de overheid – de Staat, de gemeente enz. – een deel van het geplaatste aandelenkapitaal houdt. Daarnaast kan de overheid allerlei andere soorten privaatrechtelijke rechtspersonen oprichten. In deze bijdrage beperk ik mij naast de vennootschap evenwel tot de stichting, nu dat veruit de meest voorkomende soort

---

<sup>9</sup> Instrumenten als ‘benoemen’ en ‘bezoldigingsbeleid’ worden evenals de stand van zaken omtrent de standaardstatuten jaarlijks besproken in het ‘Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen’ (zie laatstelijk: Kamerstukken II 2016/17, 28 165, nr. 274). Deze jaarverslagen maken inzichtelijk op welke wijze aan de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 (bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 28 165, nr. 165) uitvoering wordt gegeven. Ook in het veel minder uitgekristalliseerde stichtingenbeleid (‘Kader voor stichtingen’ bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42) worden de beïnvloedingsbevoegdheden genoemd.

<sup>10</sup> Vgl. S.E. Zijlstra, *De grenzen van de overheid*, in: *Privaat bestuur?*, Preadvies VAR, Den Haag: Bju 2008.

privaatrechtelijke rechtspersoon is waarvan de overheid bij de uitoefening van haar publieke taak gebruikmaakt.<sup>11</sup>

Van het begrip ‘overheidsvennootschap’ wordt in de literatuur maar zelden een definitie gegeven. Het begrip ‘overheidsonderneming’ is overigens in de literatuur wel gedefinieerd, maar dat biedt minder houvast, nu daaronder ook stichtingen worden begrepen.<sup>12</sup> Het begrip ‘overheidsbedrijf’ biedt geen steun, nu dit begrip van oudsher louter betrekking heeft op bedrijven die een publiekrechtelijke rechtsvorm hebben,<sup>13</sup> zij het dat in de praktijk het woordgebruik wel eens minder precies is.

Het ligt met het oog op de zeggenschapsrechten van de aandeelhouder enigszins voor de hand van een overheidsvennootschap te spreken als de overheid 50% of meer van het geplaatste aandelenkapitaal van de vennootschap houdt.<sup>14</sup> Voor een overheidsdeelneming is vereist dat de overheid een substantieel deel van het kapitaal van de vennootschap verschaft. Ter voorkoming van misverstanden: niet iedere overheidsdeelneming is een overheidsvennootschap, want de overheid neemt immers ook voor minder dan 50% deel in vennootschappen. Anders dan in het BW (art. 2:24c lid 1) maakt het oogmerk van de deelneming geen onderdeel uit van de hier gegeven begripsomschrijving.<sup>15</sup> Dit neemt niet weg dat het oogmerk van de overheidsdeelneming is duurzaam invloed uit te kunnen oefenen. Dit oogmerk volgt uit het staatsdeelnemingenbeleid, zoals hierna zal blijken.

Ook over het begrip ‘overheidsstichting’ is de literatuur hier niet geheel eenduidig.<sup>16</sup> De Algemene Rekenkamer verstaat onder overheidsstichtingen slechts stichtingen die de overheid heeft opgericht, mede opgericht of doen oprichten.<sup>17</sup> De minister van Financiën vindt de aldus door de Rekenkamer gebruikte term ‘overheidsstichting’ verwarrend omdat de hoedanigheid van de oprichter niet bepalend is voor de opgerichte rechtspersoon; om die reden komt de term ‘overheidsstichting’ in wetgeving en in de contacten met de Staten-Generaal niet voor.<sup>18</sup> Het gevolg van een en ander is dat over de precieze definitie van het begrip ‘overheidsstichting’ geen overeenstemming bestaat.

Van een overheidsstichting is in ieder geval sprake als de stichting door de overheid is opgericht, conform de (genoemde) voorschriften van de organieke wetgeving. Maar met het oprichtingscriterium kan niet worden volstaan. Dit criterium te beperkt, omdat na de oprichting de banden met de overheid kunnen zijn doorgesneden en het in dat geval geen zin heeft de stichting enkel op die grond als overheidsstichting te blijven aanmerken.<sup>19</sup> Veeleer is

---

<sup>11</sup> *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Bruikbare rechtsorde-rapport 2006, p. 23. Aanboden bij Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 50 met kabinetsreactie nr. 72.

<sup>12</sup> Nijland 2013, p. 23 e.v.

<sup>13</sup> H.J. de Ru, *Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen*, (diss. UU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 13 en 159.

<sup>14</sup> Vgl. J.W.H. van Wijk, *Beleid inzake staatsdeelnemingen*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 9.

<sup>15</sup> Art. 2:24c lid 1 BW is ingevolge art. 2:1 lid 3 BW niet van toepassing op publiekrechtelijke rechtspersonen.

<sup>16</sup> Vgl. Jak & Zijlstra 2011, p. 192.

<sup>17</sup> Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen; Achtergrondstudie*, Kamerstukken II, 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 5.

<sup>18</sup> Kamerstukken II 2010/11, 31 887, nr. 4, p. 31.

<sup>19</sup> Vgl. *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Bruikbare rechtsorde-rapport 2006, p. 22 en N. Jak & S.E. Zijlstra, *De overheidsstichting: een*

van belang of de overheid in dat geval op andere titel nog overwegende invloed op deze stichting kan uitoefenen. In de literatuur is het oprichtingscriterium daarom uitgebreid door er aan toe te voegen dat ook sprake is van een overheidsstichting indien de overheid de leden van het bestuur of de leden van de raad van toezicht in meerderheid benoemt.<sup>20</sup> Aangezien overheden echter ook op andere titel dan oprichting of benoeming overwegende invloed op stichtingen kunnen uitoefenen, meen ik dat het meer adequaat is de overheidsstichting te omschrijven als: de stichting die door de overheid is opgericht of waarvan de overheid de bestuursleden of de leden van de raad van commissarissen (raad van toezicht)<sup>21</sup> in meerderheid benoemt dan wel op een andere grond de bevoegdheid heeft om overwegende invloed uit te oefenen. Bij deze laatste woorden valt in het bijzonder te denken aan de situatie dat in de statuten van de stichting aan de overheid de bevoegdheid is toegekend om de algemene inhoudelijke criteria voor het bestuursbeleid te bepalen.<sup>22</sup> De overheid kan ook in dit laatste geval in zo sterke mate overwegende invloed uitoefenen dat het in de rede ligt deze stichtingen als overheidsstichtingen aan te merken, ook als zij niet door de overheid zijn opgericht.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat het louter ontvangen van subsidies, zelfs als de subsidieontvanger voor zijn voortbestaan daarvan in grote mate afhankelijk is, van de stichting op zichzelf nog geen overheidsstichting maakt. Het is immers niet de subsidieverlening zelf die de overheid reeds overwegende invloed verschaft. Eerst wanneer de overheid de benodigde beïnvloedingsmogelijkheden heeft verworven (mogelijk maar niet noodzakelijk als voorwaarde voor structurele subsidieverlening), in het bijzonder de statutaire bevoegdheid om de leden van het bestuur of de raad van toezicht te benoemen dan wel de algemene inhoudelijke criteria van het bestuursbeleid te bepalen, is er sprake van een overheidsstichting.

Ten slotte zij opgemerkt dat niet is uitgesloten dat het bestuur van de overheidsvennootschap of overheidsstichting in bepaalde gevallen de hoedanigheid heeft van bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1, onderdeel b, Awb. Om vast te stellen of een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag is bekleed, is bepalend of aan dat orgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend.<sup>23</sup> Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend.<sup>24</sup> Een helder voorbeeld vormt de hierna te noemen

---

tussenstand, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting*, Den Haag: Sdu 2011, p. 192.

<sup>20</sup> Schroten 2000, p. 36.

<sup>21</sup> Het wetsvoorstel 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen' spreekt over de hele linie over de 'raad van commissarissen' (Kamerstukken II 2015/16, 34 491 nr. 1 e.v.). In sectorspecifieke wetgeving en in de praktijk wordt ten aanzien stichtingen veelal over de 'raad van toezicht' gesproken.

<sup>22</sup> In de bestuursrechtspraak wordt het bestuur van buitenwettelijke subsidiestichtingen als bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1, onderdeel b, Awb beschouwd in situaties dat de overheid deze stichtingen bovendien in overwegende mate financiert, zie i.h.b. ABRvS 17 september 2014, AB 2015, 129 m.nt. H. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

<sup>23</sup> PG Awb I, p. 133 en p. 143, 144. Zie ook ABRvS 17 september 2014, AB 2015, 129 m.nt. H. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

<sup>24</sup> Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken kan zich onder stringente voorwaarden een uitzondering op deze regel voordoen. Zie ABRvS 17 september 2014,

aanwijzingsbevoegdheid van DNB NV en de Stichting AFM, die op art. 1:75 Wft is gebaseerd (paragraaf 7). Het is evenwel veeleer uitzondering dan regel dat een orgaan van een overheidsvennootschap of een overheidsstichting als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt. De NS, de Luchthaven Schiphol, de waterleidingsbedrijven, de NOS, het gemeentelijk havenbedrijf Rotterdam, enz. – het zijn alle overheidsvennootschappen of overheidsstichtingen, die belast zijn met een publieke taak, maar daarmee zijn zij nog niet met enig openbaar gezag bekleed.

### 3. De publiek belang benadering

#### 3.1 Rijksbeleid

De overheid pleegt ten aanzien van de overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen een min of meer vastomlijnd beleid te voeren. Zij kan deze rechtspersonen immers in het leven roepen (oprichten) of hun bestaan doen beëindigen (ontbinden). Zij kan bovendien allerlei uiteenlopende specifieke beheersmaatregelen nemen waarmee zij het optreden van deze rechtspersonen kan beïnvloeden. Teneinde te bewerkstelligen dat deze uiteenlopende beslissingen onderling coherent en consistent zijn is er (rijks)beleid ontwikkeld. Het staatsdeelnemingenbeleid is het meest uitgekristalliseerd.<sup>25</sup> Maar ook ten aanzien van overheidsstichtingen wordt er op centraal niveau beleid gevoerd.<sup>26</sup> Voor haar beoordelingen neemt de Algemene Rekenkamer dit beleid tot uitgangspunt.<sup>27</sup> Dit beleid is in het bijzonder ook van belang voor de toepassing van de (juridische) instrumenten waarmee de overheid haar privaatrechtelijke rechtspersonen kan beïnvloeden.

Voor een goed begrip is van belang in het oog te houden dat dit beleid zijn eigen plaats en positie binnen het geheel van het overheidsbeleid heeft. De overheid voert niet alleen specifiek beleid ten aanzien van bepaalde maatschappelijke sectoren, maar ook algemeen beleid dat de sectoren overstijgt, zoals algemeen wetgevingsbeleid, algemeen begrotingsbeleid of algemeen handhavingsbeleid.<sup>28</sup> Zo is er ook het algemeen staatsdeelnemingenbeleid en het algemeen beleid ten aanzien van overheidsstichtingen. Dit algemene beleid staat *naast* het specifieke beleid ten aanzien van bepaalde maatschappelijke sectoren.

#### 3.2 Publieke belangen

Voor een goed inzicht in de verhouding tussen overheid enerzijds en de overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen anderzijds is van belang dat het overheidsbeleid gericht is op het waarborgen van bepaalde publieke belangen.

---

AB 2015, 129 m.nt. H. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

<sup>25</sup> Zie met name de *Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013* (bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 28 165, nr. 165).

<sup>26</sup> Zie met name het '*Kader voor stichtingen*' (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42).

<sup>27</sup> Zie voor de vennootschappen: Algemene Rekenkamer, *De Staat als aandeelhouder. Over het beheer van staatsdeelnemingen* (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 183) en voor de overheidsstichtingen: Algemene Rekenkamer, *Zicht op overheidsstichtingen; Achtergrondstudie* (Kamerstukken II 2010/11, 31 887, nr. 3).

<sup>28</sup> Zie over de aard van dit soort beleid: F.J. van Ommeren, *Algemeen wetgevingsbeleid*, in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Den Haag: Kluwer 2012, p. 110 e.v.

Overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen hebben zelf ook tot taak bepaalde publieke belangen te behartigen. De achterliggende vraag bij de keuze voor een bepaalde overheidsvennootschap of overheidsstichting of een meer specifieke overheidsmaatregel ten aanzien van een overheidsvennootschap of -stichting is steeds of de betrokken publieke belangen daardoor het best worden gewaarborgd. Het aandeelhouderschap wordt uitdrukkelijk gezien als een instrument dat voor het waarborgen van publieke belangen een aanvulling biedt op de klassieke, publiekrechtelijke, instrumenten.<sup>29</sup>

Voor het staatsdeelnemingenbeleid is een overzicht opgesteld met de publieke belangen waarop iedere afzonderlijke staatsdeelneming is gericht.<sup>30</sup> Het gaat daarbij om uiteenlopende publieke belangen zoals het belang van de luchtvaart, de spoorweginfrastructuur, het vestigingsklimaat, de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening, het planmatig beheer van de nationale bodemschatten enz. Ook overheidsstichtingen zijn gericht op de behartiging van publieke belangen.<sup>31</sup> Te denken valt aan het belang van het openbaar onderwijs, het behoud van de Nederlandse cultuur of het algemeen welzijn, om enige willekeurige voorbeelden te noemen. In de literatuur is eveneens gepoogd de publieke belangen waarop privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen zijn gericht nader uit te omschrijven en uit te werken.<sup>32</sup> Ook op decentraal niveau wordt het waarborgen van het publiek belang uitdrukkelijk tot uitgangspunt genomen.<sup>33</sup>

Overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen beogen, zoals in principe alle privaatrechtelijke rechtspersonen, een in de statuten – en voor zover van toepassing ook in sectorspecifieke wetgeving – vastgelegd doel te verwezenlijken. Dit doel fungeert zowel als richtsnoer als, ingevolge art. 2:7 BW, als de begrenzing. Voor de vaststelling op welk publiek belang in een concreet geval een overheidsvennootschap of overheidsstichting is gericht, dient mede gekeken te worden naar het doel van de rechtspersoon. Het blijkt echter dat het in het bijzonder bij de overheidsvennootschappen (nog) niet zo is dat dit formele statutaire doel steeds de gerichtheid op de publieke belangen tot uitdrukking brengt.<sup>34</sup> Het staatsdeelnemingenbeleid is de plaats om hierin verandering te brengen.<sup>35</sup>

### *3.3 De drie benaderingen van het beleid*

De verhouding tussen de overheid en de privaatrechtelijke rechtspersonen die een publieke taak vervullen kan in principe op verschillende manieren worden benaderd. Het overheidsbeleid ten aanzien van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen heeft de afgelopen jaren achtereenvolgens van drie verschillende benaderingen blijk gegeven. Ten eerste is een mogelijke benadering dat publieke belangen het best kunnen worden behartigd door ze zoveel mogelijk door (zuiver) privaatrechtelijke instellingen te laten realiseren, tenzij

---

<sup>29</sup> Zie de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007 (Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69) en de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 165).

<sup>30</sup> Zie de nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 (Kamerstukken II 2013/14, 28 165, nr. 165 (bijlage I)). Zie eerder reeds Kamerstukken II 2008/09, 28 165, nr. 97 (bijlage 1).

<sup>31</sup> Vgl. Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42 (Kader voor stichtingen).

<sup>32</sup> M.n. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader*, diss. VU, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 131 e.v.

<sup>33</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld fraai uit de deelnemingennota van de gemeente Amsterdam: *Doelgericht op Afstand II* (2013).

<sup>34</sup> Vgl. Nijland 2013, p. 120 e.v.

<sup>35</sup> Vgl. Nijland 2013, p. 128, 129. Met name de standaardstatuten, waarover hierna, zijn daarvoor geschikt



de aard van deze belangen daaraan in de weg staat. Het uitgangspunt van de eerste, uit 2001 stammende, alomvattende beleidsnota van de rijksoverheid over staatsdeelnemingen was gestoeld op het adagium ‘*privatiseren, tenzij*’.<sup>36</sup> Uitgangspunt was destijds dat waar mogelijk de aandelenportefeuille moest worden afgestoten. Dit beleid paste in de toen dominante privatiseringstrend.

Hier is een ander uitgangspunt tegenover te plaatsen. De omgekeerde benadering is dat publieke belangen het best kunnen worden behartigd door ze door de overheid te laten realiseren, tenzij er bijzondere redenen zijn om ze in private handen te laten. Dit uitgangspunt wordt kortweg tot uitdrukking gebracht met behulp van het adagium: ‘*publiek, tenzij*’.<sup>37</sup> Dit adagium was het officiële uitgangspunt van de tweede, uit 2007 stammende, alomvattende beleidsnota van de rijksoverheid over staatsdeelnemingen. Deze nota kwam uitdrukkelijk in de plaats van haar voorganger, maar is inmiddels eveneens vervangen.<sup>38</sup>

Ten aanzien van overheidsstichtingen geldt – thans nog steeds – de, uit 2006 stammende, zogeheten ‘*nee, tenzij*’-benadering: bij voorkeur dient de overheid geen stichting op te richten, maar dient gekozen te worden voor de publiekrechtelijke rechtsvorm.<sup>39</sup> De – inmiddels verlaten – benadering van het staatsdeelnemingenbeleid die gebaseerd was op het adagium ‘*publiek, tenzij*’, sloot dus goed aan bij het – thans nog steeds geldende – beleid ten aanzien van overheidsstichtingen.

Ten slotte is er een tussenliggende benadering. In deze benadering wordt noch privatisering noch taakvervulling door de overheid tot uitgangspunt genomen. In plaats daarvan wordt per geval bekeken op welke wijze de betrokken publieke belangen het best kunnen worden geborgd. Het gaat er dan primair om of en in hoeverre het overheidsaandeelhouderschap toegevoegde waarde heeft bij de borging van publieke belangen. Het oogmerk van de overheidsdeelneming is duurzaam invloed uit te kunnen oefenen teneinde bepaalde publieke belangen te borgen. Deze benadering is uitdrukkelijk gekozen in de derde, alomvattende Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 en is de thans vigerende benadering in het staatsdeelnemingsbeleid.<sup>40</sup> Deze koerswijziging kan ten opzichte van het recente verleden beslist een fundamentele omwenteling worden genoemd. Ook de Algemene Rekenkamer beoordeelt het beheer van de staatsdeelnemingen thans in het bijzonder in het licht van de beoogde realisatie van de publieke belangen.<sup>41</sup> Aangezien in deze benadering het waarborgen van de publieke belangen zelf (nog) meer uitdrukkelijk wordt vooropgesteld, zou ik dit uitgangspunt – na de achtereenvolgende ‘*privatiseren, tenzij*’ en de ‘*publiek, tenzij*’ benaderingen – de *publiek belang benadering* willen noemen.

Idealiter beogen de hier geschetste benaderingen een fundamentele rol te spelen bij het vormgeven van de verhouding tussen overheid en overheidsvennootschap en

---

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 165, nr. 2 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

<sup>38</sup> Zie over beide uitgangspunten: Wilkeshuis 2010, p. 218 e.v. Deze auteur staat zelf de publiek belang benadering voor.

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42 (Kader voor stichtingen), par. 3. Zie ook Achtergrondstudie van de Algemene Rekenkamer, Zicht op overheidsstichtingen, Kamerstukken II, 2010/11, 31 887, nr. 4.

<sup>40</sup> Deze nota treedt uitdrukkelijk in de plaats van haar voorgangers. Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 7 (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 165).

<sup>41</sup> Algemene Rekenkamer, *De Staat als aandeelhouder. Over het beheer van staatsdeelnemingen*, Den Haag 2015, p. 43 e.v. (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 183).

overheidsstichting. Hierbij past wel een relativerende kanttekening. In de praktijk kunnen in een concreet geval andere belangen mede de kop op steken en zelfs doorslaggevend zijn. Voor de vraag of door de overheid een privaatrechtelijke rechtspersoon in het leven wordt geroepen of wordt opgeheven, dan wel of bepaalde taken aan een privaatrechtelijke rechtspersoon worden toegekend of daar worden weggehaald, beoogt echter thans de publiek belang benadering uitdrukkelijk bepalend te zijn. Zij wordt geacht eveneens dominant te zijn voor de beheersbeslissingen die door de overheid ten aanzien haar privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen worden genomen.

### *3.4 Privatiseren en nationaliseren*

De hiervoor geschetste benaderingen zijn zowel aan de orde bij het nemen van beslissingen voor het aanbrengen van wijzigingen in de verhouding tussen overheid en privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon – te denken valt zowel aan privatisering als aan nationalisatie – als bij het in stand houden van de verhouding tussen overheid en privaatrechtelijke overheidsrechtspersoon – te denken valt vooral aan het gebruik van uiteenlopende beïnvloedingsmechanismen die de overheid als beheerder kunnen toekomen.

De definities van het begrip ‘privatisering’ in de literatuur zijn bepaald niet eenduidig.<sup>42</sup> Onder privatisering is te verstaan: de gehele of gedeeltelijke verkoop van aandelen van een overheidsvennootschap aan een of meer private partijen.<sup>43</sup> Hierdoor beëindigt of vermindert de overheid haar deelneming in het aandelenkapitaal en derhalve ook haar positie in de algemene vergadering van aandeelhouders. De overheid laat aldus geheel of ten dele haar directe bemoeienis als aandeelhouder los. De privatiseringspraktijk was dominant aan het eind van de vorige eeuw, maar is onder het nieuwe gesternte bepaald niet uitgesloten. Zo is in 2015 begonnen met de geleidelijke verkoop van aandelen van (tijdelijk) genationaliseerde financiële instellingen als ABN AMRO.<sup>44</sup> De Staat heeft voorts de aandelen van de Koninklijke Nederlandse Munt NV in 2016 van de hand gedaan aan een Belgische onderneming.<sup>45</sup>

Het spiegelbeeld van privatisering is nationalisatie. Vergeleken met de vele privatiseringen komt nationalisatie in ons land in de praktijk betrekkelijk weinig voor. Toch kan daartoe wel reden zijn, bijvoorbeeld wanneer een eerdere privatisering of verzelfstandiging niet tot de beoogde resultaten blijkt te leiden. De naar aanleiding van de parlementaire enquête naar de Fyra voorgenomen nationalisatie van ProRail BV maakt de aandacht voor nationalisatie weer actueel. ProRail zal worden omgezet in een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid.<sup>46</sup> Een voorbeeld van een stichting die vrij recent is genationaliseerd is de Stichting Centraal bureau rijvaardigheidsbewijzen (CBR): zij is met ingang van 2013 omgezet in een publiekrechtelijk

---

<sup>42</sup> Zie reeds Van Rossum 1997, p. 83, 84.

<sup>43</sup> In het verleden werd wel, ook in documenten van overheidsbeleid, wel een ruimer begrip ‘privatisering’ gebezigd. Tegenwoordig wordt voor de ruime benadering de voorkeur gegeven aan de term ‘verzelfstandiging’. Waarover onder meer Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/130 e.v.

<sup>44</sup> Kamerstukken II 2015/16, 31 789, nr. 80.

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2015/16, 28 165, nr. 259.

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2015/16, 33 678, nr. 16, p. 9, 10 (Kabinetsreactie op het eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Fyra). Kamerstukken II 2016/17, 25 258, nr. 139.

zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid (art. 4z Wegenverkeerswet 1994).<sup>47</sup>

### *3.5 Beheer en zeggenschap*

Maar meer nog dan op de privatiseringen en nationalisaties is het beleid van invloed op het beheer. Het overheidsaandeelhouderschap is te beschouwen als een instrument dat voor de borging van publieke belangen een aanvulling kan vormen op de klassieke, op publiekrechtelijke leest geschoeide, bevoegdheden. Zoals gezegd, is het oogmerk van de overheidsdeelneming duurzaam invloed uit te kunnen oefenen teneinde bepaalde publieke belangen te borgen. De overheid treedt dan ook veeleer op als deelnemer dan als belegger. Met name het beheer van de aandelenportefeuille met de daarbij behorende zeggenschapsrechten biedt de overheid een probaat middel om ter behartiging van publieke belangen invloed uit te oefenen op het beleid van een overheidsvennootschap.

Vanuit de publiek belang benadering gezien moet voor de overheid de enkele rol van belegger met uitsluitend een winstmotief niet passend worden geacht. Uit het staatsdeelnemingenbeleid volgt dat kapitaalverschaffing niet louter op grond van beleggingsmotieven dient plaats te vinden. De Staat pleegt uit een oogpunt van het behalen van extra rendement op belastinggeld bijvoorbeeld niet in beursgenoteerde ondernemingen te beleggen.<sup>48</sup> Voor decentrale overheden vereist artikel 2 lid 1 Wet financiering decentrale overheden (Wet fido) dat het uitzetten van publieke middelen uitsluitend geschiedt ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak; het uitzetten van middelen met als enkel doel inkomsten te genereren, hoort daar niet bij. Wordt op centraal niveau dus primair volstaan met een beleidsmatige waarborg, op decentraal niveau geldt zelfs een waarborg met een wettelijk karakter. Ik kom op de Wet fido zo nog terug (paragraaf 4).

Een belangrijke stap in het kader van het staatsdeelnemingenbeleid is de ontwikkeling van een algemene standaard waarmee de statuten van alle staatsdeelnemingen in beginsel in overeenstemming dienen te zijn. De statuten van de staatsdeelnemingen worden aan deze *standaardstatuten* getoetst en voor zover nodig aangepast.<sup>49</sup> Deze standaardstatuten hebben onder meer betrekking op de beïnvloedingsmechanismen, die in paragraaf 5 tot en met 7 aan de orde zullen komen, zoals de bevoegdheid om het bestuur en de raad van commissarissen te benoemen, de informatieverschaffing aan de aandeelhouder, het beloningsbeleid en de zaken waarvoor goedkeuring moet worden gevraagd. Ik acht de, betrekkelijk recente, ontwikkeling van standaardstatuten belangrijk, omdat dit een instrument is dat in sterke mate de consistentie van het deelnemingenbeleid kan bevorderen en kan bijdragen aan het voorkomen van het ontstaan van ongerechtvaardigde verschillen tussen overheidsvennootschappen. Het zou goed zijn ook voor overheidsstichtingen op het niveau van de centrale overheid standaardstatuten te ontwikkelen.

### *3.6 Beleidsdeelneming en samenloopproblematiek*

Omdat verschillende bestuursorganen verantwoordelijk zijn voor uiteenlopende specifieke publieke belangen hoeft het – in het bijzonder bij een benadering die de duurzame borging van publieke belangen voorop stelt – niet geheel te verwonderen dat bij het Rijk de aandelen

---

<sup>47</sup> Stb. 2012, 442 (Aanpassingswet zbo's IenM aan de Kaderwet zbo's) i.w.tr.: Stb. 2012, 619.

<sup>48</sup> Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 10, 11 (Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2007).

<sup>49</sup> Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 45. Zie ook het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2016, p. 14 e.v. (bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 28 165, nr. 274).

niet alleen kunnen worden beheerd door de minister van Financiën maar ook door andere bewindspersonen. Enerzijds is er het beleidsstreven het aandeelhouderschap zoveel mogelijk te concentreren bij de minister van Financiën, mede met het oog op een coherent en consistent rijksbreed aandeelhoudersbeleid. Anderzijds is van belang bij welke bewindspersoon de betrokken publieke belangen het best kunnen worden behartigd.

Uitgangspunt van het staatsdeelnemingenbeleid is dat de minister van Financiën namens de Staat optreedt als aandeelhouder van de Nederlandse staatsdeelnemingen. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de deelnemingen die beheerd worden door de minister van Financiën en de zogeheten “*beleidsdeelnemingen*” waarbij het aandeelhouderschap wordt gevoerd door een andere bewindspersoon. Als beleidsdeelnemingen worden aangemerkt de deelnemingen waarbij de overheid haar rol van aandeelhouder en beleidsmaker niet goed kan onderscheiden.<sup>50</sup> De meeste staatsdeelnemingen vallen onder het beheer van de minister van Financiën. Bij de beleidsdeelnemingen gaat het met name om de ministers van Economische Zaken en Infrastructuur & Milieu.<sup>51</sup> Het aandeelhouderschap van ProRail BV komt bijvoorbeeld toe aan de minister van I&M. Ter voorkoming van misverstanden: juridisch is steeds de Staat der Nederlanden aandeelhouder; binnen de Staat is het beheer van de aandelenportefeuille toebedeeld aan de genoemde bewindspersonen. Overigens acht ik de term ‘beleidsdeelneming’ weinig gelukkig gekozen: ook de minister van Financiën voert immers ten aanzien van ‘zijn’ deelnemingen beleid.<sup>52</sup>

Het gaat hier om privaatrechtelijke bevoegdheden die de overheid als aandeelhouder of rechtstreeks op grond van de statuten jegens de overheidsvennootschap kunnen toekomen. Dit neemt echter uiteraard niet weg dat aan de overheid ten aanzien van de overheidsvennootschap tevens over *publiekrechtelijke* bevoegdheden zal beschikken, zoals de bevoegdheid tot concessie- of vergunningverlening. Deze publiekrechtelijke bevoegdheden beogen – idealiter – andere of meer specifieke publieke belangen te waarborgen. De verhouding tussen deze privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bevoegdheden verdient bijzondere aandacht. Dat is met name nodig omdat niet alleen aan het aandeelhouderschap maar ook aan de publiekrechtelijke bevoegdheden ingrijpende zeggenschapsrechten verbonden kunnen zijn. Het risico is dat de overheid als aandeelhouder en de overheid als concessieverlener (dan wel bij de uitoefening van andere ingrijpende publiekrechtelijke bevoegdheden) instructies geeft die tegenstrijdig zijn, niet goed met elkaar te rijmen zijn of in ander opzicht met elkaar op gespannen voet staan. Vanuit het perspectief van de betrokken overheidsvennootschap zijn er twee partijen die toezicht houden: het bestuursorgaan dat beheerder is van de aandelenportefeuille en het bestuursorgaan waaraan de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid is toebedeeld.

Men zou kunnen betogen dat hier, bestuursrechtelijk bezien, niets bijzonders aan de hand is. Immers, er zijn zoveel activiteiten waarvoor een private partij meerdere vergunningen of andere vormen van publiekrechtelijke toestemming nodig heeft. Zo beschouwd zou het probleem echter te gemakkelijk worden weggeredeneerd. Zowel de aandeelhoudersbevoegdheid als de publiekrechtelijke bevoegdheid kunnen verregaande zeggenschapsrechten inhouden, die kunnen overlappen. In dat geval kan er wel degelijk een

---

<sup>50</sup> Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 38. Vgl. ook reeds de (eerste) Nota Deelnemingenbeleid: Kamerstukken II 2001/02, 28165, nr. 2, p. 13.

<sup>51</sup> Zie voor een overzicht: Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 38, 39.

<sup>52</sup> Men vergelijk eveneens het weinig onderscheidende vermogen van de term ‘beleidsovereenkomsten’, waarover M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 207 in discussie met (thans) R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 7<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 700, 701.

probleem zijn. Voorbeelden van deze samenloopproblematiek zijn te vinden bij de NS, een 100%-overheidsvennootschap, zoals onder meer bleek uit de parlementaire enquête naar de Fyra.<sup>53</sup> De minister van Financiën treedt op als aandeelhouder namens de Staat, terwijl de minister van Infrastructuur & Milieu de concessieverlener is (art. 20 Wet personenvervoer 2000) en ook op grond van de Spoorwegwet over de benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt. Een min of meer vergelijkbare samenloop doet zich voor bij TenneT, eveneens een 100%-overheidsvennootschap, waar de minister van Financiën de aandelen beheert en aan de minister van Economische Zaken en de ACM op grond van de Elektriciteitswet 1998 uiteenlopende publiekrechtelijke bevoegdheden toekomen.<sup>54</sup>

Indien dit samenloopprobleem zich voordoet, behoort te worden gezien of en in hoeverre er overlap zit tussen deze concrete bevoegdheden. In beginsel dienen al deze bevoegdheden over een eigen oogmerk met bijbehorend toetsingskader te beschikken. Voor zover deze niet met elkaar interfereren is er ook geen sprake van een probleem. Voor zover dit wel het geval is, is er sprake van samenloop. Samenloop van bevoegdheden geldt in het bestuursrecht als een lastig probleem. De gangbare oplossing bij een samenloopproblematiek is die van coördinatie, in dit geval van coördinatie tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>55</sup>

## 4. Totstandkomingsvereisten

### 4.1 Procedurele vereisten

In wetgeving worden aan de overheid verschillende procedurele en materiële vereisten gesteld voor de oprichting of deelname van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat laat onverlet dat - binnen deze vrij ruime contouren - het vigerende beleid van grote betekenis is. Art. 4.7 Comptabiliteitswet 2016 bevat een voorhangprocedure voor het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat. Het heeft ook betrekking op het mede-oprichten en het doen oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door een derde.

De decentrale organieke wetgeving schrijft voor de oprichting van of deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon eveneens een lichte voorhangprocedure voor. Het daartoe strekkende besluit van het college van B&W wordt niet genomen dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen. Men zie de Gemeentewet (art. 160 lid 2), de Provinciewet (art. 158 lid 2) en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (art. art. 31a en 44a).

Tot voor enige jaren geleden kende de decentrale wetgeving een vorm van *preventief toezicht* op het besluit van het college tot oprichting van of deelneming in een privaatrechtelijke rechtspersoon. Ingevolge art. 160 lid 3 (oud) Gemeentewet was dit besluit onderworpen aan de goedkeuring van gedeputeerde staten; de goedkeuring kon slechts worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.<sup>56</sup> De gedachte daarbij was dat bij de toetsing door GS met name erop gelet moest worden of bij het verdelen van taken en verantwoordelijkheden in voldoende mate was voldaan aan de eisen die een democratische besluitvorming stelt, aan de openbaarheid en aan de controle. Ook moest erop worden toegezien dat de gemeente geen financiële verplichtingen op zich nam die zij niet aan

---

<sup>53</sup> Parlementaire enquêtecommissie Fyra-rapport, “De reiziger in de kou”, Kamerstukken II 2015/16, 33 678, nr. 11, p. 34, 35.

<sup>54</sup> Nijland 2013, p. 331.

<sup>55</sup> De Awb bevat een algemene coördinatieregeling, afdeling 3.5, maar die geldt uit de aard der zaak uitsluitend voor (bepaalde) besluiten.

<sup>56</sup> Vervallen bij Stb. 2015, 426.

kan.<sup>57</sup> De Provinciewet (art. 158 lid 3) bevatte een vergelijkbaar systeem; de WGR heeft dit nooit gekend.

Uit onderzoek blijkt dat deze preventieve toetsing zeer terughoudend werd ingevuld.<sup>58</sup> In de praktijk werden vrijwel alle verzoeken goedgekeurd.<sup>59</sup> Dit preventief toezicht werd dan ook na lang wikken en wegen niet meer nodig geacht. De afschaffing in 2015 droeg volgens het toenmalige kabinet mede bij aan de autonomie van decentrale overheden.<sup>60</sup> Ik kom op de afschaffing van dit preventieve toezicht bij de bespreking van de materiële vereisten nog even terug.

Er zij op gewezen dat het (algemene) *repressieve* toezicht uiteraard gewoon gehandhaafd is gebleven (vgl. art. 268 Gemeentewet). Deze spontane vernietigingsbevoegdheid heeft niet speciaal betrekking op het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen, maar kan daarop worden toegepast. In de praktijk gebeurt dat soms ook. Juist bij de toepassing van een dergelijke bevoegdheid is het vigerende kabinetsbeleid, in dit geval het staatsdeelnemingenbeleid, van groot belang.

#### *Privatisering Luchthaven Schiphol NV?*

Een spraakmakend voorbeeld biedt de vernietiging van de niet-schriftelijke beslissing van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam om als gemeentelijke aandeelhouder de privatisering van de NV Luchthaven Schiphol te blokkeren. De regering was in 2006, op voordracht van de minister van Financiën (Zalm), voornemens een deel van het aandelenpakket van de Staat der Nederlanden in de NV Luchthaven Schiphol aan private partijen te vervreemden. Deze vervreemding paste op dat moment goed in het staatsdeelnemingenbeleid. Voor de vervreemding van de aandelen was een statutenwijziging noodzakelijk. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam besliste echter om in de algemene vergadering van aandeelhouders van de NV Luchthaven Schiphol tegen het voorstel tot statutenwijziging te stemmen. De statutair vereiste versterkte meerderheid voor statutenwijziging werd daardoor niet gehaald. De gemeenteraad had eerder al ingestemd met het voornemen van het college om zulks te doen. Met deze beslissing doorkruiste het college het rijksbeleid. Gelet op art. 268 Gemeentewet jo. afdeling 10.2.2 Awb vernietigde de regering de beslissing van het college wegens strijd met het algemeen belang.<sup>61</sup>

Hierbij bleef het echter niet. Na de verkiezingen kwam er een nieuw kabinet dat besloot af te zien van de privatisering van de NV Luchthaven Schiphol, hetgeen past bij het toen nieuw ingezette staatsdeelnemingenbeleid (“publiek, tenzij”). Ten gevolge van deze wijziging van het rijksbeleid was er geen sprake meer van een doorkruising door de gemeente. Op voordracht van de minister van Financiën (Bos) trok de regering het vernietigingsbesluit in.<sup>62</sup> Dit illustreert (opnieuw) hoe essentieel de betekenis is van het beleid. De nieuwe koers in het staatsdeelnemingenbeleid haalde het fundament onder de vernietiging uit.

---

<sup>57</sup> Kamerstukken II 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 207, 208 (Gemeentewet).

<sup>58</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 14 (Institutionele bepalingen).

<sup>59</sup> *Privaatrechtelijke taakbeartiging door decentrale overheden*, Bruikbare rechtsorde-rapport 2006, p. 40.

<sup>60</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 14 (Institutionele bepalingen).

<sup>61</sup> Besluit van 20 november 2006 (Stb. 2006, 615). Waaroever: J.A.F. Peters, *Privaatrechtelijke bestuursgeschillen*, *NTB* 2006, p. 349, 350 en ibidem, *Nagekomen: privaatrechtelijke bestuursgeschillen*, *NTB* 2007, p. 20.

<sup>62</sup> Besluit van 7 mei 2007 (Stb. 2007, 190).

#### 4.2 Materiële vereisten

Anders dan de Comptabiliteitswet 2016 staat de decentrale organieke wetgeving niet neutraal tegenover het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door de overheid; zij brengt een voorkeursnorm tot uitdrukking. De organieke wetgeving die betrekking heeft op de decentrale overheden stelt de materiële eis dat hiertoe slechts wordt besloten: “indien dat in het *bijzonder aangewezen* moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen *openbaar belang*” (curs. dzz). Men zie de Gemeentewet (art. 160 lid 2); de Provinciewet (art. 158 lid 2) en de WGR (art. 31a lid 1 en 44a lid 1).

Met openbaar belang wordt niet iets wezenlijk anders bedoeld dan wat in de juridische literatuur pleegt te worden aangeduid als het algemeen belang of het publiek belang. Dit is dan ook een eis die als zeer laagdrempelig moet worden beschouwd. De overheid wordt immers geacht steeds in het algemeen belang of het publiek belang te handelen. Dit is niet anders wanneer zij optreedt als oprichtster van of deelnemster in een privaatrechtelijke rechtspersoon. Wanneer een belang “in het bijzonder aangewezen” moet worden geacht, is in abstracto moeilijk te zeggen. Duidelijk is slechts dat dit een iets strengere norm is dan dat dit slechts zomaar in het algemeen aangewezen moet worden geacht. De wetgever beoogt blijkbaar te zeggen dat er voor oprichting van of deelname in een privaatrechtelijke rechtspersoon een bijzondere reden moet zijn. Het materiële uitgangspunt is dus: nee, tenzij. Uit onderzoek blijkt echter dat het “nee” hier niet veel om het lijf heeft.<sup>63</sup>

Deze wettelijke materiële norm heeft onder druk gestaan. Van verschillende kanten is voorgesteld haar af te schaffen, mede omdat de norm in de praktijk weinig tot geen belemmering opwerpt voor het participeren in of oprichten van privaatrechtelijke rechtspersonen. Uiteindelijk heeft de regering echter uitdrukkelijk ervoor gekozen om deze norm te handhaven, weliswaar onder gelijktijdige afschaffing van het preventief toezicht hierop.<sup>64</sup> De norm, ‘nee, tenzij’, blijft aldus in de decentrale organieke wetgeving verankerd, maar het college van B&W (respectievelijk GS en het dagelijks bestuur van het gemeenschappelijk openbaar lichaam) is in versterkte mate zelf verantwoordelijk voor de toepassing ervan, nu – met het vervallen van het preventief toezicht – de eindverantwoordelijkheid niet meer aan een hoger bestuursorgaan is toebedeeld. Met het oog hierop is van de zijde van het ministerie van BZK nog tamelijk recent een afwegingskader uitgebracht, dat de decentrale overheden moet ondersteunen bij het maken van een keuze voor het gebruik van een privaatrechtelijke rechtspersoon.<sup>65</sup>

#### *Betekenis wettelijke voorkeursnorm*

Ofschoon blijkt dat de wettelijke materiële voorkeursnorm in de praktijk niet of nauwelijks een belemmering opwerpt tegen het participeren in of oprichten van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen ter behartiging van een bepaalde publieke taak, is het toch ook weer niet geheel ondenkbaar dat deze – gehandhaafde – wettelijke norm in de (nabije) toekomst een rol van enige betekenis kan gaan spelen. Dit valt te illustreren aan de hand van het opzeggingsarrest over de stichting GNR.

De stichting Gooisch Natuurreservaat (GNR) is opgericht door de provincie Noord-Holland, zes Gooise gemeenten en de gemeente Amsterdam. Na vele jaren wenst de gemeente Amsterdam haar participatie in deze stichting te beëindigen. Noch in de statuten van de

---

<sup>63</sup> *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Bruikbare rechtsorde-rapport 2006, p. 31 e.v.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 14 (Institutionele bepalingen).

<sup>65</sup> R.J.M.H. de Greef, S.E. Zijlstra & F.H.K. Theissen, *Verzelfstandiging en samenwerking bij decentrale overheden. Afwegingskader voor de keuze tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormgeving*, Den Haag: ministerie BZK 2015.

stichting noch in een bijbehorende participatieovereenkomst was echter in de mogelijkheid van opzegging voorzien (de intentie was de natuur “ten eeuwige dage” te beschermen), hetgeen tot vrij lange en ingewikkelde gerechtelijke procedures leidde.<sup>66</sup> GNR is een overheidsstichting. Deze overheidsstichting is opgericht als een alternatief voor een gemeenschappelijke regeling op grond van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR). Van belang is dat de WGR wel uitdrukkelijke voorschriften over beëindiging kent. Anders dan bij een stichting, waarover titel 6 van boek 2 BW uiterst summier is, dwingt de WGR partijen om al aan het begin van de samenwerking te anticiperen op de wijze waarop die samenwerking kan worden beëindigd. Uit art. 9 WGR volgt namelijk dwingend dat de gemeenschappelijke regeling de gevolgen van de uittreding moet regelen.

Aan de hand van dit soort concrete denkbare casuïstiek en een vergelijking van verschillende mogelijk toepasselijke juridische regimes – titel 6 van boek 2 BW versus de WGR – kan de wettelijke voorkeursnorm van de decentrale organieke wetgeving meer reliëf krijgen. Het valt mijns inziens te betwijfelen of de stichting GNR in vergelijking met de gemeenschappelijke regeling de toets van art. 160 lid 2 Gemeentewet had kunnen doorstaan.

### *Wet fido*

Van belang is voorts dat door decentrale overheden bij de beslissing tot deelname in een vennootschap mede de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido) in acht genomen dient te worden. Ingevolge artikel 2 lid 1 Wet fido kunnen decentrale overheden “uitsluitend ten behoeve van de uitoefening van de publieke taak” leningen aangaan, middelen uitzetten of garanties verlenen. Onder het uitzetten van middelen wordt mede verstaan het uitzetten van geldmiddelen in de vorm van een deelneming in het kapitaal van een vennootschap. Met het wettelijke vereiste dat dit soort handelingen uitsluitend mogen worden verricht ten behoeve van de “publieke taak”, wordt aangesloten bij het in de Gemeente- en Provinciewet en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen gestelde vereiste van de behartiging van “het openbaar belang”. Artikel 2 lid 1 Wet fido overlapt hier ten dele mee, maar heeft een andere reikwijdte en strekking. De Wet fido beoogt een kader voor het financieringsbeleid van decentrale overheden te bieden, waarbij de nadruk ligt op de bevordering van de kredietwaardigheid van de decentrale overheden, alsmede op de flexibiliteit en transparantie van het financieringsbeleid.<sup>67</sup>

De wetgever heeft echter bewust niet nader omschreven wat hier onder een publieke taak moet worden verstaan, teneinde recht te doen aan de eigen verantwoordelijkheid van de betrokken overheden bij de afbakening van hun publieke taak en de wettelijke taakomschrijving die zij op grond van de op hen van toepassing zijnde wetten bezitten.<sup>68</sup> Voor het overige zijn de decentrale overheden op grond van deze wet in beginsel verplicht hun liquide middelen “in ’s Rijks schatkist” aan te houden. Deze verplichting wordt derhalve de verplichting tot “schatkistbankieren” genoemd. De middelen die de decentrale overheden in ’s Rijks schatkist aanhouden, blijven beschikbaar voor de uitoefening van hun publieke taak (vgl. art. 2 lid 2 Wet fido). Dit sluit aan bij de hiervoor genoemde *publiek belang benadering*, die er aan in de weg staat dat de overheid louter als belegger optreedt.

### *De Staat*

---

<sup>66</sup> HR 15 april 2016, AB 2016, 229 m.nt. A.H.J. Hofman & F.J. van Ommeren.

<sup>67</sup> Kamerstukken II 1999/00, 26906, nr. 3, p. 2 e.v. Zie P.G.M. ten Broeke, Het financieringsbeleid van openbare lichamen: van filo naar fido, *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2001, p. 91 e.v.

<sup>68</sup> Kamerstukken II 1999/00, 26906, nr. 3, p. 22.



Op centraal niveau is er geen *wettelijke* materiële norm voor het door de Staat oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen. Anders dan de decentrale organieke wetgeving, stelt de Comptabiliteitswet 2016 (evenals zijn voorgangers) geen materiële eisen. Dit brengt met zich dat het beleid op dit punt vrij spel heeft.

Zoals gezegd, kent het *staatsdeelnemingenbeleid* sinds enige jaren geen algemeen negatief of positief uitgangspunt meer. Per vennootschap wordt bekeken of het zinvol is om wel of niet de aandelen aan te houden - en in welke omvang - zonder dat daaraan een streven ten grondslag ligt de aandelenportefeuille zo groot of klein mogelijk te maken.<sup>69</sup> Het aandeelhouderschap wordt vooral geacht toegevoegde waarde te hebben voor de borging van de publieke belangen die deze vennootschappen behartigen. Het oogmerk van de deelnemingen is dan ook duurzaam invloed uit te kunnen oefenen teneinde bepaalde publieke belangen te borgen.

Het beleidskader voor betrokkenheid van de rijksoverheid bij het oprichten van *stichtingen* gaat, zoals gezegd, uit van de hoofdregel: nee, tenzij.<sup>70</sup> Uitgangspunt van dit beleidskader is dat het rijk in beginsel geen betrokkenheid moet hebben bij het oprichten van stichtingen. De verhouding van de overheid tot een stichting blijft in beginsel beperkt tot het verstrekken van subsidie, aldus deze beleidsnota. Met deze nee-tenzij-regel wordt voor stichtingen aangesloten bij het in de *organieke wetgeving* voor *decentrale* overheden verankerde uitgangspunt voor de oprichting van rechtspersonen, dat hiervoor aan de orde was.

Voor een goed begrip van de betekenis van de wetgeving is het van belang hier ten slotte even stil te staan bij de betekenis van de *Kaderwet zelfstandige bestuursorganen*. Ofschoon er op centraal niveau geen wettelijke normen zijn voor het oprichten van of het deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen, is een dergelijke voorkeursnorm er op centraal niveau wel voor het *toekennen van openbaar gezag* aan privaatrechtelijke zbo's. Uitgangspunt van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is dat voor rechtspersonen waarvan zbo's deel uitmaken de publiekrechtelijke organisatievorm de geëigende vorm is en dat de privaatrechtelijke vormgeving de uitzondering moet zijn.<sup>71</sup> Ingevolge artikel 4, tweede lid, onderdeel a, Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is het toekennen van openbaar gezag aan privaatrechtelijke rechtspersonen mogelijk, mits (onder meer) "dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang". Deze norm is ontleend aan de wettelijke voorkeursnorm van (het huidige) artikel 160 lid 2 Gemeentewet. Niet uit het oog moet echter worden verloren dat het bekleeden met openbaar gezag iets wezenlijk anders is dan het oprichten van of deelnemen in een privaatrechtelijke rechtspersoon. Bekleed zijn met openbaar gezag wil immers zeggen dat het orgaan van de rechtspersoon over de publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten (burgers en anderen) te bepalen.<sup>72</sup> Ofschoon de gedachte erachter dezelfde is, vervult de voorkeursnorm in de Kaderwet zbo's dus een andere functie. Wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon belast is met de verrichting van een publieke taak, is daarmee niet gezegd dat hem daartoe ook publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.

## 5. Benoemingsbevoegdheden en informatie-uitwisseling

---

<sup>69</sup> *Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid* 2013, p. 7 (bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 28 165, nr. 165).

<sup>70</sup> *Kader voor stichtingen*. Ministerie van Financiën 2006, par. 3.

<sup>71</sup> Kamerstukken II 2001/02, 27426, nr. 22.

<sup>72</sup> Zie PG Awb I, p. 133. Vgl. ook ABRvS 17 september 2014, AB 2015, 129 m.nt. H. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio).

### 5.1 Benoemingsbeleid

De bevoegdheid om bestuurders en commissarissen bij de overheidsvennootschap en overheidsstichting te benoemen, vormt voor de overheid een belangrijk instrument om invloed op deze rechtspersonen uit te oefenen. Het zal dan ook niet verwonderen dat de Staat, primair binnen de kaders van het rechtspersonenrecht maar soms ook door de toekenning van benoemingsbevoegdheden in sectorspecifieke wetgeving, beleid heeft ontwikkeld voor het gebruik van zijn benoemingsbevoegdheden. We treffen dit beleid zowel in het staatsdeelnemingenbeleid als in het beleid voor overheidsstichtingen aan.

In het verleden was het vast beleid van de centrale overheid om met name hoge ambtenaren in de raad van commissarissen van overheidsvennootschappen te benoemen.<sup>73</sup> Dit beleid is evenwel uitdrukkelijk losgelaten.<sup>74</sup> Ten aanzien van overheidsstichtingen is het bij de centrale overheid eveneens al jaren de hoofdregel dat geen ambtenaren in het bestuur van de stichting worden benoemd; indien daarnaar echter toch de voorkeur uitgaat, dient zulks uitdrukkelijk te worden gemotiveerd.<sup>75</sup> Naar mag worden aangenomen geldt hetzelfde beleidsmatige uitgangspunt voor de benoeming van ambtenaren in de raad van commissarissen (raad van toezicht) van een overheidsstichting. Tegenwoordig is derhalve vooral de vraag in hoeverre op dit beleid een uitzondering mag worden gemaakt. Daarbij komt dat op decentraal niveau niet alleen ambtenaren maar ook ambtsdragers op deze posities plegen te worden benoemd.

Bij de benoeming van ambtsdragers (in politiek-bestuurlijk jargon: politiek verantwoordelijke bestuurders) moet hier vooral aan wethouders en gedeputeerden worden gedacht. Het komt ook voor dat voorzitters van een decentraal politiek verantwoordelijk bestuursorgaan – zoals burgemeesters, commissarissen van de koning en voorzitters van het dagelijks bestuur van een waterschap – lid zijn van het bestuur of de raad van commissarissen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting. Voor ministers geldt een dergelijke functie als incompatibel.

De overheid kan uiteraard ook anderen dan ambtenaren of ambtsdragers tot lid van het bestuur of de raad van commissarissen van de overheidsvennootschap of overheidsstichting benoemen. Daarvoor geldt echter wel dat zij minder goed een brugfunctie tussen overheid en overheidsvennootschap of overheidsstichting kunnen vervullen. In de praktijk worden onder anderen (oud)politici en voormalige ambtenaren op deze posities benoemd.

Terwijl de praktijk een wisselend beeld laat zien, is een vraag die de gemoederen al jaren bezighoudt en waarover in de loop van de tijden verschillend werd en wordt gedacht, de vraag in hoeverre de overheid – als aandeelhouder dan wel rechtstreeks op grond van de statuten of sectorspecifieke wetgeving – ambtenaren en ambtsdragers kan benoemen als lid van het bestuur of de raad van commissarissen.<sup>76</sup> Het antwoord op deze vraag hangt nauw

---

<sup>73</sup> O.g.v. nota Commissarissen van overheidswege (Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 10 e.v.).

<sup>74</sup> Kamerstukken 2000/01, 22 064, nr. 5, p. 4, 5.

<sup>75</sup> Kader voor stichtingen, p. 21 (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 25 268, nr. 42).

<sup>76</sup> J.R. Glasz, *De commissaris. Aanbevolen gedragsregels*, Deventer 1992, p. 156, C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, diss. RUG, Deventer: Kluwer 1994, p. 208 en p. 222, C.W. de Monchy, Overheidsambtenaar en ondernemingscommissaris? in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 51 e.v., Schroten 2000, p. 202 en N. Jak, Het intern toezicht door de raad van toezicht. Verantwoordingsarrangement vanuit democratisch perspectief, in G.D. Minderman, R. Goodijk & S. Van den Berg (red.), *Waar is de raad van toezicht? Deel II. Een bundel van visies en ideeën*, Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 169 achten dit (zeer) onwenselijk.

samen met het antwoord op de vraag in hoeverre deze ambtenaar of ambtsdrager bindende instructies van overheidszijde dient op te volgen, de mate waarin hij de ruimte heeft om (vrijelijk) informatie tussen overheid en privaatrechtelijke rechtspersoon uit te wisselen en hoe men aankijkt tegen de ambtelijke respectievelijk politieke verantwoordelijkheid waarmee de ambtenaar dan wel de ambtsdrager zijn belast.

### *5.2 Belang van de rechtspersoon: geen bindende instructies*

Zowel het bestuur als de raad van commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Thans blijkt dit voor vennootschappen (nog) uit art. 2:129/239 lid 5 BW en 2:140/250 lid 2 BW. In de nabije toekomst zal deze norm naar verwachting niet alleen voor vennootschappen maar voor rechtspersonen in het algemeen gaan gelden, dus onder meer ook voor de stichting; men zie art. 9 lid 3 en art. 11 lid 4 BW van het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.<sup>77</sup>

Deze norm verzet zich ertegen dat een bestuurder of commissaris slechts bepaalde specifieke belangen in acht neemt of zonder meer doorslaggevend laat zijn. Voor de bestuurders van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen betekent dit dat zij in het bijzonder ook onafhankelijk dienen te zijn van degene die hen heeft benoemd: de overheid. Daarbij maakt het niet uit op grond van welke titel de overheid hen heeft benoemd, via de algemene vergadering van aandeelhouders dan wel rechtstreeks op grond van de statuten of sectorspecifieke wetgeving.

Dit is niet anders voor de commissarissen: hun onafhankelijkheid geldt niet alleen ten aanzien van het bestuur waarop zij toezicht houden, maar evenzeer ten opzichte van andere belangen, waaronder het belang van de aandeelhouders.<sup>78</sup> Voor de overheidsvennootschap betekent dit dat de commissarissen in het bijzonder ook onafhankelijk dienen te zijn ten opzichte van degene die hen heeft benoemd, de algemene vergadering van aandeelhouders.<sup>79</sup> Met andere woorden: de commissarissen van een overheidsvennootschap dienen evenzeer onafhankelijk te zijn van de overheid. De onafhankelijkheid geldt ten opzichte van elk deelbelang. Het voorgaande geldt voor de leden van de raad van commissarissen van alle soorten rechtspersonen, met inbegrip van de stichting en derhalve ook voor de door de overheid benoemde commissaris bij de overheidsstichting.

Een geveugelde uitdrukking om deze onafhankelijkheid tot uitdrukking te brengen is dat de raad van commissarissen zijn taak “zonder last of ruggespraak” dient te verrichten.<sup>80</sup>

---

W.C.L. van der Grinten (advies bij nota Commissarissen van overheidwege; Kamerstukken II 1990/1991, 22 064, nr. 2 p. 56), Maeijer 1997, p. 15 en Scheltema & Scheltema 2013, p. 92 zien daarentegen die ruimte wel. Weer anderen, zoals F.K. Buijn, *Privaatrechtelijke instrumenten bij privatisering*, in: *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*, preadvies VAR, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1997, p. 255 en p. 265, volstaan met de constatering dat terughoudendheid dient te worden betracht.

<sup>77</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 1. e.v.

<sup>78</sup> Zie voor de vennootschap in het algemeen: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/509 en Pitlo-Raaijmakers Deel 2. *Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473, zie voorts artikel 2.1.7 van de (nieuwe) Nederlandse Corporate Governance Code.

<sup>79</sup> Dit ligt anders indien sprake is van een structuurvennootschap zonder verzwakt regime, hetgeen bij overheidsvennootschappen relatief weinig voorkomt.

<sup>80</sup> Zie voor de overheidsvennootschap o.a.: Maeijer 1997, p. 15 en Raaijmakers & Prinsen, *De overheidscommissaris revisited*, *Onderneming en Financiering* 2009, (17)2, p. 32. Voor de (overheids)stichting m.n.: Overes 2011, p. 76, Jak 2012, p. 169.

Dit houdt in dat hij zijn taak naar eigen inzicht, zelfstandig en op onafhankelijke wijze dient uit te oefenen. Daaraan wordt in het bijzonder toegevoegd dat hij niet kan worden gehouden aan een instructie of een mandaat van wie dan ook.<sup>81</sup> Bindende instructies voor de ambtenaar of ambtsdrager die lid is van het bestuur of raad van commissarissen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting, met betrekking tot de aldaar te voeren beraadslaging of besluitvorming – ongeacht of die afkomstig zijn van degene die hen heeft benoemd dan wel van een ander – zijn dan ook niet geoorloofd.<sup>82</sup> Als er de zorg is dat de ambtenaar of ambtsdrager de facto, ten gevolge van de politiek-ambtelijke hiërarchische (machts)verhoudingen, niet in staat is om instructies terzijde te leggen, omdat ze in feite als bindend zijn bedoeld, dan moet zeer worden betwijfeld of deze ambtenaar of ambtsdrager wel in staat is zijn taak als bestuurder of commissaris naar behoren uit te oefenen. Wel kunnen dergelijke instructies door de ambtenaar worden beschouwd als gezichtspunten of adviezen die hij in zijn belangenafweging in het bestuur of de raad van commissarissen dient te betrekken.

De rechtspositie van de ambtenaar of ambtsdrager die bestuurder of commissaris is, verschilt op dit punt wezenlijk van de vertegenwoordiger in de algemene vergadering van aandeelhouders. De overheid als aandeelhouder wordt in de algemene vergadering van aandeelhouders nu juist wel vertegenwoordigd door een echte vertegenwoordiger, die in beginsel primair kan opkomen voor de belangen van de instelling die hij vertegenwoordigt: de overheid. De ambtenaar of ambtsdrager die namens de overheid stem uitbrengt in de algemene vergadering van aandeelhouders treedt juist wel op als vertegenwoordiger van de overheid en kan wel bindende instructies meekrijgen.

Vanwege het gevaar van rolvermenging en belangenverstrengeling moeten deze functies incompatibel worden geacht. Het is daarom van belang dat de ambtenaar of ambtsdrager die de overheid in de algemene vergadering van aandeelhouders vertegenwoordigt een ander is dan de ambtenaar of ambtsdrager die benoemd is tot bestuurder of commissaris.<sup>83</sup> Zo is bij een drinkwaterbedrijf waarvan de aandelen worden gehouden door de provincie en een aantal gemeenten een gedeputeerde de vaste vertegenwoordiger van de provincie in de algemene vergadering van aandeelhouders en een andere gedeputeerde voorzitter van de raad van commissarissen.<sup>84</sup>

### *5.3 Overheidscommissaris*

Ondanks dat het geen vigerend beleid meer is om ambtenaren of ambtsdragers te benoemen, worden in de praktijk nog steeds (anderen als) overheidscommissarissen benoemd in overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen.

In het verleden kende het BW een speciale benoemingsregeling voor de commissaris van overheidswege. Art. 2:158 lid 12 BW (oud) bepaalde dat:

“De statuten kunnen bepalen dat een of meer commissarissen van overheidswege worden benoemd (...).”

Aldus was het, indien de statuten daarin voorzagen, voor overheden mogelijk om bij structuurvennootschappen commissarissen te benoemen in afwijking van de normale voor structuurvennootschappen geldende benoemingsregeling. De bepaling stelde geen maximum

---

<sup>81</sup> Vgl. Asser/Maeijer 2-III 2000, nr. 356. Zie ook Raaijmakers & Prinsen 2009, p. 32.

<sup>82</sup> Zo ook reeds de Nota de Commissaris van overheidswege, Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 15.

<sup>83</sup> Vgl. Scheltema & Scheltema 2013, p. 95.

<sup>84</sup> Zie Wilkeshuis 2010, p. 283.

aan het aantal van overheidswege te benoemen commissarissen, waardoor niet uitgesloten was dat alle commissarissen door de overheid werden benoemd.

Deze bepaling is echter bij de aanpassing van de structuurregeling in 2004 geschrapt.<sup>85</sup> De Staat mocht naar de mening van de regering noch een meer bevoorrechte noch een slechtere positie innemen dan andere aandeelhouders. De regering zei bovenal beducht te zijn voor belangenverstrengeling.<sup>86</sup> Het vervallen van deze bepaling sloot aan bij het toenmalige kabinetsbeleid ten aanzien van staatsdeelnemingen dat gestoeld was op het adagium ‘privatiseren, tenzij’.

De specifieke rechtsfiguur van de commissaris van overheidswege is derhalve uit de structuurregeling van het BW verdwenen. Deze verwijdering neemt echter niet weg dat de overige rechtspersonenrechtelijke regels blijven gelden. Ingevolge art. 2:143 BW kan bij de statuten worden bepaald dat een of meer commissarissen, doch ten hoogste een derde van het gehele aantal, zullen worden benoemd door anderen dan de algemene vergadering. Van deze mogelijkheid wordt in het bijzonder ook gebruikgemaakt wanneer men een buitenstaander bepaalde invloed wil geven. Bij de “anderen” die op grond van de statuten kunnen worden aangewezen, valt in het bijzonder te denken aan een verwante onderneming, een financiële instelling of een overheidsinstelling.<sup>87</sup> In de praktijk duidt men deze commissaris wel aan als de “vrije” commissaris. Ingeval de overheid deze commissaris heeft benoemd, spreekt men ook wel over een “overheidscommissaris”. Wezenlijk voor deze beïnvloedingsmogelijkheid is dat de overheid dit recht toekomt zonder een (meerderheids)belang te hebben.

De mogelijkheid van het benoemen van een overheidscommissaris – dat wil zeggen: de door de overheid via de algemene vergadering benoemde commissaris in een overheidsvennootschap dan wel een door de overheid rechtstreeks op grond van de statuten benoemde vrije commissaris – is dan ook niet vervallen. In de literatuur heeft dat enige jaren na het schrappen van art. 2:158 lid 12 BW (oud) wel aanleiding gegeven tot kwalificaties als de overheidscommissaris “revisited” of “terug van weggeweest”.<sup>88</sup> In het bijzonder de aan het begin van de financiële crisis door de toenmalige minister van Financiën, Bos, genomineerde overheidscommissarissen bij ING trokken de nodige aandacht, ook in de politiek. Tijdens de parlementaire behandeling werd vanuit de Tweede Kamer wel gerept over de “Boswachters”.<sup>89</sup> De benoeming van deze twee overheidscommissarissen vond overigens plaats door de algemene vergadering van aandeelhouders op voordracht van de raad van commissarissen van door de Staat aanbevolen personen.<sup>90</sup>

Van wezenlijk belang is dat de rechtspositie van deze overheidscommissaris echter in beginsel niet verschilt van die van de andere commissarissen. De wijze van benoemen – door de algemene vergadering van aandeelhouders of door een ander – is niet bepalend voor het rechtsregime dat de commissaris in acht moet nemen. Ook de overheidscommissaris dient ingevolge art. 2:140 lid 2 BW – en op grond van het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: art. 2:11 lid 4 BW<sup>91</sup> – het belang van de vennootschap en de met haar

---

<sup>85</sup> Stb. 2004, 370.

<sup>86</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 179, nr. 3, p. 37.

<sup>87</sup> Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/507 en P. van Schilfgaarde, J. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, 16<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 262.

<sup>88</sup> P.J. Dortmund, De overheidscommissaris terug van weggeweest? *Ondernemingsrecht* 2008, p. 175 e.v., Raaijmakers & Prinsen, De overheidscommissaris revisited, *Onderneming en Financiering* 2009, (17)2, p. 29 en Nijland 2013, p. 153.

<sup>89</sup> Handelingen Tweede Kamer 2008/09, nr. 11, p. 735 (Fortis en ABN AMRO).

<sup>90</sup> O.a. Raaijmakers & Prinsen 2009, p. 29.

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 1 e.v.

verbonden onderneming in acht te nemen. Anders dan nogal eens wordt gedacht,<sup>92</sup> mag hij derhalve het overheidsbelang geen voorrang geven boven het belang van de vennootschap. Hij kan dan ook niet in staat worden geacht om het overheidsbeleid bij de onderneming door te voeren en hij is in zoverre geen vertegenwoordiger van het bestuursorgaan dat hem heeft benoemd.

Degene die thans tot overheidscommissaris wordt benoemd hoeft geen ambtenaar (meer) te zijn. Ofschoon de wet, art. 2:158 lid 12 BW (oud), dat niet vereiste, was het beleid om in beginsel ambtenaren als overheidscommissaris te benoemen.<sup>93</sup> Het vervallen van deze wettelijke bepaling viel samen met het loslaten van dit beleid.<sup>94</sup>

Het voorgaande is niet wezenlijk anders voor de door de overheid bij de *stichting* benoemde commissaris. Uitgangspunt is dat ook deze commissaris zich dient te richten naar het belang van de stichting en de daaraan verbonden organisatie (vgl. art. 2:11 lid 4 wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen). Ook deze overheidscommissaris heeft in principe geen andere rechtspositie dan de andere commissarissen.

Dit neemt echter niet weg dat de statuten aan een commissaris verregaande bevoegdheden kunnen toekennen. De constructie van het benoemen van een overheidscommissaris wordt dan ook gebruikt om een bestaande stichting onder strengere overheidscontrole te brengen. Zo kreeg de raad van commissarissen van de Stichting de Nationale Sporttotalisator (De Lotto) een overheidscommissaris met verregaande vetorechten, naar aanleiding van rechtspraak waaruit bleek dat De Lotto niet aan de Europese transparantieplichting behoefde te voldoen indien de overheid op haar activiteiten strenge controle kan uitoefenen.<sup>95</sup>

Opgemerkt zij dat in bepaalde *sectorspecifieke wetgeving* de bevoegdheid is toegekend een overheidscommissaris te benoemen. Overheidscommissarissen die op basis van een dergelijke wettelijke grondslag worden benoemd, komen zowel voor bij overheidsvennootschappen als bij overheidsstichtingen. In zoverre is de overheidscommissaris niet uit de wetgeving verdwenen. Voorbeelden vormen de van overheidswege benoemde commissaris bij DNB (art. 13 lid 2 Bankwet 1998) en de leden van de raad van toezicht van de Stichting NPO (art. 2.5 Mediawet 2008). Dat is in zoverre niet zo bijzonder dat ook de bevoegdheid om de leden van het bestuur van de overheidsvennootschap of overheidsstichting te benoemen een sectorspecifieke wettelijke grondslag kan hebben. Zo worden de president en de directeurs van DNB, een 100%-overheidsvennootschap, ingevolge art. 12 lid 2 Bankwet 1998 bij koninklijk besluit benoemd. Dit voorschrift wijkt in zoverre af van de regeling van art. 2:132 BW dat zonder dit voorschrift de minister van Financiën als beheerder van de aandelen bevoegd zou zijn namens de Staat de bestuurders te benoemen. De leden van de raad van bestuur van de Stichting NPO worden ingevolge artikel 2.8 Mediawet 2008 benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van toezicht. Ik heb deze voorbeelden bewust gekozen, omdat zulks juist hier in de praktijk bepaald niet zonder slag of stoot verloopt; ik kom daarop terug in paragraaf 5.5.

---

<sup>92</sup> In de media, in de politiek en zelfs door de minister van Financiën in zijn brieven aan de Tweede Kamer aan het begin van de financiële crisis, waarover Raaijmakers & Prinsen 2009, p. 31.

<sup>93</sup> Nota Commissarissen van overheidswege (Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 10 e.v.). Zie voor kritiek op deze nota met name: J.R. Glasz, De overheidscommissaris heeft het moeilijk, *NJB* 1991, p. 1541 e.v. en Schreuder 1994, p. 200 e.v.

<sup>94</sup> Kamerstukken II 2000/01, 22 064, nr. 5, p. 4, 5.

<sup>95</sup> Zie Kamerstukken II 2011/12, 32264, nr. 25, p. 3, n.a.v. ABRvS 23 maart 2011, AB 2011, 230 m.nt. C.J. Wolswinkel (Betfair). Overigens is De Lotto nadien omgezet in een BV; zij is een dochtervennootschap van de Nederlandse Loterij BV.

#### 5.4 Ambtelijke en politieke verantwoordelijkheid en informatie-uitwisseling

Ambtenaren en ambtsdragers dragen respectievelijk ambtelijke en politieke verantwoordelijkheid. De vraag is wat een positie als lid van het bestuur of van de raad van commissarissen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting voor de uitoefening van deze verantwoordelijkheden betekent. Kort gezegd, is de ambtenaar direct of indirect ambtelijk verantwoordelijk jegens de ambtsdrager; de ambtsdrager dient (op zijn beurt) politieke verantwoordelijkheid af te leggen aan het algemeen vertegenwoordigend orgaan. Het is overigens opmerkelijk hoe weinig aandacht in het Nederlandse staatsrecht de positie van de ambtenaar en de ambtelijke verantwoordelijkheid krijgen.<sup>96</sup>

Een ambtsdrager is politiek verantwoordelijk zo ver als zijn bevoegdheden strekken. Daarbij maakt het geen verschil of het bevoegdheden van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard betreffen. Politieke verantwoordelijkheid geldt voor heel het overheidsoptreden. Uitgangspunt is dat ook over het privaatrechtelijk overheidsoptreden verantwoording moet worden afgelegd. Daarbij is het in beginsel irrelevant om wat voor soort privaatrechtelijk overheidsoptreden het gaat. Derhalve valt ook het handelen van een wethouder of gedeputeerde als lid van het bestuur of de raad van commissarissen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting onder de reikwijdte van diens politieke verantwoordelijkheid. Hetzelfde geldt voor een minister (veelal: de minister van Financiën) namens de Staat als enig- of meerderheidsaandeelhouder van een overheidsvennootschap. Voorts is de ambtsdrager politiek verantwoordelijk voor het optreden van ‘zijn’ ambtenaren.

De ambtsdrager dient als politiek verantwoordelijk bestuursorgaan verantwoording af te leggen aan het algemeen vertegenwoordigend orgaan. Ministers dienen aan het parlement de door de leden verlangde inlichtingen te verstrekken, tenzij het verstrekken in strijd is met het *belang van de staat*. Zulks volgt uit artikel 68 Grondwet.

Van belang is evenwel dat *bedrijfs- en fabricagegegevens*, die door de rechtspersoon vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld, ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet behoeven te worden verstrekt (absolute uitzonderingsgrond van art. 10, eerste lid, onderdeel c, Wob). Er is geen direct verband tussen de Wob en art. 68 Gw, maar de Wob kan een inzichtgevende bron vormen voor de concretisering van de norm van het belang van de staat van art. 68 Gw. De informatieplicht van ministers aan het parlement krachtens de Grondwet reikt ten minste even ver en soms verder dan de verplichting informatie te verstrekken op grond van de Wob.<sup>97</sup> Wanneer sprake is van een absolute uitzonderingsgrond van de Wob, is daarmee derhalve nog niet gezegd dat de minister zich steeds met succes op het belang van de staat in de zin van art. 68 Gw kan beroepen. In het bijzonder is niet uitgesloten dat de Kamer vertrouwelijk kan worden geïnformeerd.

Draagt de ambtsdrager namens de overheid de verantwoordelijkheid voor het beheer van de aandelenportefeuille, dan dient hij in beginsel ook daarover politieke verantwoording af te leggen. Zijn verantwoordingsverplichting is daartoe begrensd en strekt niet verder dan hem als vertegenwoordiger van de overheid als *aandeelhouder* is toebedeeld. Is de ambtsdrager evenwel lid van het *bestuur* of de *raad van commissarissen* van een overheidsvennootschap of overheidsstichting, dan heeft hij daardoor jegens die rechtspersoon verderstreckende bevoegdheden dan die van de aandeelhouder. Ook over de uitoefening van de bestuurlijke of intern toezichthoudende bevoegdheden dient de ambtsdrager politieke verantwoording af te leggen.

---

<sup>96</sup> Maar zie C.J. Niessen, *De ambtenaar in de overheidsorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 8 e.v.

<sup>97</sup> Zie Notitie ‘Reikwijdte van artikel 68 Grondwet’ Kamerstukken II 2001/02, 28 362, nr. 2, p. 8, 9 en 12; bevestigd in Kamerstukken II 2015/16, 28 362, nr. 8.

Het in de praktijk wel gehuldigde standpunt dat een ambtsdrager geen politieke verantwoording zou behoeven af te leggen over zijn functioneren als commissaris, moet in zijn algemeenheid dan ook onjuist worden geacht.<sup>98</sup> Hetzelfde geldt voor het (daarvan afgeleide) standpunt dat de politieke verantwoordelijkheid zich in beginsel niet uitstrekt tot het gebied van de ambtenaar-commissaris.<sup>99</sup>

Op dit punt kan zich een probleem voordoen wanneer de informatie van de overheidsvennootschap of overheidsstichting van *vertrouwelijke aard* is. De vraag welke informatie van de rechtspersoon als vertrouwelijk dient te worden aangemerkt is in abstracto moeilijk te beantwoorden. Daarbij zijn verschillende gezichtspunten van belang. Ook hier is het *belang van de rechtspersoon* en de daaraan verbonden onderneming of organisatie maatgevend. Aan de hand van deze maatstaf dient te worden beoordeeld of en in hoeverre de informatie van de overheidsvennootschap of overheidsstichting een vertrouwelijk karakter heeft en derhalve met de overheid kan worden gedeeld.

Een voorbeeld biedt de weigering van de president-commissaris van ProRail in 2015 om twee interne documenten over de financiële situatie van ProRail met de staatssecretaris van I&M te delen. Hij achtte het (blijkbaar) niet in het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming om deze informatie ter kennis te stellen aan de bewindspersoon.<sup>100</sup> De president-commissaris was geen ambtenaar of ambtsdrager maar een oud-politicus (Hans Alders). De betrokken staatssecretaris werd naar de Tweede Kamer geroepen om hierover verantwoording af te leggen.<sup>101</sup> Het blijkt niet gemakkelijk voor een bewindspersoon om uit te leggen dat het gebrek aan kennis van de interne stukken van een overheidsvennootschap een (logisch) gevolg is van de verzelfstandigde positie van het bedrijf.<sup>102</sup>

Tegen deze achtergrond dient de informatiedoorgifte van de overheidsbestuurder en overheidscommissaris aan de overheid te worden bekeken. Van overheidszijde werd en wordt in dit verband wel uitdrukkelijk gesproken van een “signaleringsfunctie”.<sup>103</sup> Deze signaleringsfunctie stuit evenwel op de hiervoor genoemde grens van vertrouwelijkheid. De beraadslagingen van het bestuur en de raad van commissarissen hebben in beginsel een besloten karakter. Uitgangspunt is dan ook dat zonder medewerking van het bestuur of de commissaris de vertrouwelijke informatie van de overheidsvennootschap of overheidsstichting niet buiten de rechtspersoon terecht mag komen. Dit brengt met zich dat de ambtenaar de hem uit deze hoofde verkregen vertrouwelijke informatie in beginsel niet ter beschikking hoeft te stellen aan zijn politiek verantwoordelijke ambtsdrager.<sup>104</sup>

Het zal duidelijk zijn dat dit laatste uitgangspunt – het rechtspersonenrechtelijke uitgangspunt dat voortvloeit uit de algemene rechtspersonenrechtelijke norm van de

---

<sup>98</sup> Evenzo: Jak & Zijlstra 2011, p. 212, 213.

<sup>99</sup> Zoals werd verkondigd in de inmiddels verlaten nota Commissarissen van overheidswege (Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 18).

<sup>100</sup> ProRail viel overigens niet onder de Wob, waarover N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, diss. VU, Den Haag: BJu 2014, p. 141 e.v.

<sup>101</sup> Handelingen Tweede Kamer 2015, nr. 7-32 (ProRail). De rapporten waren uiteindelijk uitgelekt via de Telegraaf, die ze op zijn website plaatste.

<sup>102</sup> De betrokken staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, Mansfeld, heeft uiteindelijk, mede vanwege de problemen met ProRail BV, haar ontslag ingediend.

<sup>103</sup> Zie reeds de nota ‘Commissarissen van overheidswege’ Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 13. Vgl. ook Nijland 2013, p. 157, 158.

<sup>104</sup> Nota ‘Commissarissen van overheidswege’ Kamerstukken II 1990/91, 22 064, nr. 2, p. 14.



gerichtheid op het belang van de rechtspersoon – *op gespannen voet* staat met het staatsrechtelijke uitgangspunt van de politieke verantwoordelijkheid. Het is een dilemma waaraan de ambtsdrager als bestuurder of commissaris maar moeilijk kan ontsnappen. Het geldt ook voor de ambtenaar als bestuurder of commissaris, maar in mindere mate. Immers, de ambtelijke verantwoordelijkheid is een afgeleide van de politieke verantwoordelijkheid van de ambtsdrager en de ambtenaar heeft de mogelijkheid om de informatie in meer geabstraheerde en geaggregeerde vorm binnen de ambtelijke organisatie te presenteren.

#### *Wet financieel toezicht*

Naast het belang van de rechtspersoon is een andere begrenzing van de ruimte voor de overheidsbestuurder of overheidscommissaris om informatie te laten belanden bij de overheid, te vinden in de regels van de Wet op het financieel toezicht (Wft) ter voorkoming van marktmisbruik. Te denken valt aan de voorwetenschap van koersgevoelige informatie.

Degenen die over voorwetenschap beschikt mag deze ingevolge art. 5:57 Wft niet aan derden meedelen, anders dan in de normale uitoefening van zijn werk, beroep of functie. Gezien de restrictieve uitleg die op grond van het Unierecht aan de in dit voorschrift gemaakte uitzondering wordt gegeven, dient steeds te worden gezien of en in hoeverre het voor een ambtenaar of ambtsdrager in de normale uitoefening van zijn werk, beroep of functie noodzakelijk en niet onevenredig is om bepaalde informatie met zijn overheidsdienst te delen.<sup>105</sup> Bij de overheidsvennootschap valt onder meer te denken aan het vooraf met de minister van Financiën bespreken van een voorgenomen openbaar bod of aandelenemissie. Vanzelfsprekend kan de ambtsdrager deze geheime informatie niet delen met het algemeen vertegenwoordigend orgaan.

De Wft vormt ook een begrenzing voor de informatie die de ambtsdrager met het algemeen vertegenwoordigend orgaan mag delen. Illustratief hiervoor is dat de minister van Financiën bij de beursnotering van ABN AMRO – terecht – aan de Kamer meedeelde dat hij niet alle informatie over ABN AMRO (meer) kan delen, in het bijzonder niet de informatie die koersgevoelig zou kunnen zijn.<sup>106</sup>

#### *Eigen opvatting*

In de doctrine wordt, zoals gezegd, verschillend gedacht over de mogelijkheid om ambtsdragers of ambtenaren in het bestuur of in de raad van commissarissen te benoemen. Naar mijn mening is die ruimte er in beginsel wel. Er zijn geen wettelijke voorschriften die direct in de weg staan aan de benoeming van een ambtsdrager of ambtenaar tot lid van het bestuur of de raad van commissarissen. Het gaat te ver om te zeggen dat de benoeming van een ambtsdrager of ambtenaar als lid van het bestuur of de raad van commissarissen van een overheidsvennootschap of overheidsstichting zonder meer onrechtmatig is.

Wel dient de betrokken ambtenaar of ambtsdrager zich bewust te zijn van zijn nogal afgebakende juridische speelruimte. Zijn rechtspositie is in beginsel niet anders dan die van de andere leden van het bestuur of de raad van commissarissen. Uitgangspunt is dat hij zich dient te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Hij mag derhalve het overheidsbelang geen voorrang geven boven het belang van de rechtspersoon. Hij kan dan ook niet in staat worden geacht om het overheidsbeleid bij de onderneming door te voeren en hij is in zoverre geen vertegenwoordiger van het bestuursorgaan dat hem heeft benoemd.

Het valt dan ook positief te waarderen dat het beleid om in beginsel ambtenaren te benoemen is losgelaten, hetgeen niet wegneemt dat op dit beginsel uitzonderingen worden

---

<sup>105</sup> Raaijmakers & Prinsen 2009, p. 34, 35.

<sup>106</sup> Kamerstukken II 2015/16, 31 789, nr. 80, p. 2.

gemaakt en vooral op decentraal niveau ook ambtsdragers worden benoemd. Het loslaten van dit beleid roept wel de vraag op wie dan wel in aanmerking kunnen komen om door de overheid tot bestuurslid of commissaris te worden benoemd. Dit vormt een reden te meer om een meer transparante benoemingsprocedure te bepleiten.

### *5.5 Transparante benoemingsprocedure?*

Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen genereert regelmatig politieke aandacht. Dikwijls worden hierover aan de betrokken bewindspersonen indringende Kamervragen gesteld. Enige willekeurige voorbeelden zijn de benoeming van de voorzitter van de raad van toezicht van de Stichting NPO, aangezien deze dezelfde politieke kleur bleek te hebben als de tot voordracht bevoegde bewindspersoon<sup>107</sup> en het ontslag van de voorzitter van de raad van bestuur van NS NV door de minister van Financiën naar aanleiding van aanbestedingsrechtelijke onregelmatigheden.<sup>108</sup>

De vraag rijst dan ook of de benoemingsprocedures van bestuurders en commissarissen van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen, waarin aan de overheid als aandeelhouder dan wel rechtstreeks op grond van de statuten een bevoegdheid is toebedeeld, wel voldoende transparant zijn. Deze vraag dringt zich op aangezien de benoeming plaatsvindt van overheidswege en de rechtspersonen geacht worden wezenlijke publieke belangen te behartigen. Bovendien gaat het bij deze benoemingen vaak direct of indirect om de besteding van publieke middelen. Naar mate de publieke invloed zwaarder weegt, ligt het in de rede om hogere eisen aan de transparantie van de benoemingsprocedure te stellen.<sup>109</sup> Niet voor niets dringt de Algemene Rekenkamer meer in het algemeen aan op meer specifieke informatie over de individuele staatsdeelnemingen en op de verbetering van de informatievoorziening aan de Tweede Kamer.<sup>110</sup>

De eis van transparantie bij de benoemingen van bestuurders en commissarissen door de overheid is ook uit een meer normatief oogpunt te onderbouwen, namelijk via de band van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het is al jaren vaste rechtspraak dat niet alleen het publiekrechtelijke handelen maar ook het privaatrechtelijke overheidshandelen onderworpen is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>111</sup> Evenals alle overheidshandelen dient ook de statutaire benoemingshandeling in overeenstemming te zijn met de eisen die voortvloeien uit de van toepassing zijnde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Sinds enige jaren worden langzaam maar zeker uit het gelijkheidsbeginsel – en ook wel uit de interferentie van met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel – in de bestuursrechtspraak bepaalde

---

<sup>107</sup> Zie Handelingen Tweede Kamer 2015/16 nr. 1256 (aansluitend). Mede naar aanleiding van deze affaire is de benoemingsprocedure van art. 2.5 Mediawet 2008 recent herzien (Stb. 2016, 388).

<sup>108</sup> Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 198.

<sup>109</sup> In het kader van het *beloningsbeleid* zijn de overheidsdeelnemingen ingedeeld in verschillende categorieën, deze categorieën verschillen naarmate de publieke invloed meer dominant is (zie paragraaf 6). Een soortgelijke aanpak laat zich ook voor de benoemingsprocedures goed denken.

<sup>110</sup> Algemene Rekenkamer, *De Staat als aandeelhouder. Over het beheer van staatsdeelnemingen*, p. 50 e.v. (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 183).

<sup>111</sup> HR 27 maart 1987, AB 1987, 273 m.nt. FHvdB; NJ 1987, 727 m.nt. MS; AB Klassiek 2016/11, m.nt. M. Scheltema (Amsterdam / Ikon).

transparantie-eisen afgeleid.<sup>112</sup> In de literatuur wordt zelfs met enige regelmaat de vraag opgeworpen of het transparantiebeginsel als zodanig niet als een separaat zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur zou moeten gelden.<sup>113</sup> Zouden dergelijke eisen ook niet op het terrein van de overheidsbenoemingen moeten gelden?

Transparantie kan helpen om het risico van belangenverstrengeling te voorkomen. Daarbij gaat het niet alleen om de verstrengeling van publieke en private belangen, maar ook van uiteenlopende politieke belangen. Vanzelfsprekend moet daarbij ook *de aard* van de overheidsvennootschap en overheidsstichting in acht genomen worden. Het doel en de belangen van bijvoorbeeld de Stichting NLFI (*NL Financial Investments*, de aanduiding voor de Stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen),<sup>114</sup> zijn van geheel andere aard dan die van de Stichting NPO, ofschoon beide een eigen wettelijke grondslag hebben. Dit vergt verschillende maten van onafhankelijkheid en afstand ten opzichte van de overheid.

Mede aanleiding om bij de benoeming van overheidscommissarissen van overheidsvennootschappen aandacht te besteden aan de aard van de benoemingsprocedure is dat het kabinetsbeleid om bij voorkeur ambtenaren te benoemen, is losgelaten en is vervangen door beleid waarin de Staat uitdrukkelijk streeft naar vroegtijdige en nauwe betrokkenheid bij de benoemingen. Het huidige staatsdeelnemingenbeleid biedt dan ook zeker wel enige aanknopingspunten voor meer transparantie van de benoemingsprocedures. In het staatsdeelnemingsbeleid wordt het benoemingsbeleid met de benoemingsprocedure iets meer transparant gemaakt. De algemene toetsingscriteria zijn bekendgemaakt en er wordt een soort van stappenplan (tijdlijn) bekendgemaakt.<sup>115</sup> Dat is beslist een stap in de goede richting. Hetzelfde zou mijns inziens in beginsel moeten gelden voor de benoemingsprocedure van bestuurders en commissarissen bij overheidsstichtingen.

## **6. Bezoldiging van bestuurders en commissarissen**

Het komt voor dat er ten aanzien van een bepaald onderwerp in eerste instantie vrijwel louter beleid is, maar dat het beleidsinstrument geheel of ten dele niet krachtig genoeg blijkt, waarna de wetgever met specifieke wettelijke voorzieningen komt. Deze praktijk doet zich voor bij de overheidsregulering van de bezoldiging. Voor overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen gelden er ten aanzien van de bezoldiging verschillende regimes.

Voor de vennootschappen bevat het BW de regel dat de bezoldiging van bestuurders in beginsel door de algemene vergadering van aandeelhouders wordt vastgesteld. Dit is slechts anders indien bij de statuten een ander orgaan is aangewezen (art. 2:135 lid 4 BW).

---

<sup>112</sup> Zie o.a. ABRvS 2 november 2016, AB 2016, 426 m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Vlaardingen).

<sup>113</sup> A.W.G.J. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, *De Awb en het EU-recht: het transparantiebeginsel*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag 2010, p. 598. J. van den Brink & W. den Ouden, *Europeanisering van rechtsbeginselen*, in: B. Schueler & R. Widdershoven (red.), *Europeanisering van het bestuursrecht*, Den Haag: Bju 2014, p. 92 e.v. A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, diss. UL, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 352 e.v. en F.J. van Ommeren, *Hommerson. Schaarse vergunningen en transparantie*, in: *AB Klassiek* 2016/36, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 585, 586.

<sup>114</sup> Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen (Stb. 2011, 263). Deze stichting beheert de staatsaandelen van onder andere ABN AMRO Group NV.

<sup>115</sup> Zie Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 57-59. Men zie ook jaarlijkse verslagen, zoals het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2016, p. 16 e.v. (bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 28 165, nr. 274).

Het artikel beoogt een waarborg te bieden tegen de stijging van salarissen en andere vormen van bezoldiging van bestuurders van Nederlandse vennootschappen.<sup>116</sup>

Op grond van deze wettelijke titel kan de overheid als aandeelhouder een *beloningsbeleid* voeren ten aanzien van overheidsdeelnemingen. Het beloningsbeleid maakt onderdeel uit van het deelnemingenbeleid. In dit kader is in 2008 een *beoordelingskader* voor het bezoldigingsbeleid jegens bestuurders bij staatsdeelnemingen uitgebracht.<sup>117</sup> Een beoordelingskader voor de bezoldiging van commissarissen van staatsdeelnemingen is aangekondigd.<sup>118</sup> Het beoordelingskader is gebaseerd op een beloningssystematiek waarbij de totale hoogte van de beloning wordt vastgesteld door voor de vennootschap zowel de publieke invloed als de marktwerking in ogenschouw te nemen. Aan de hand daarvan zijn de staatsdeelnemingen in *drie categorieën* ingedeeld:

- de categorie publiek (veel publieke invloed, weinig marktwerking);
- de categorie publiek / markt (veel publieke invloed met enige marktwerking);
- de categorie markt / publiek (substantiële marktwerking met publieke kaders).

Bij elk van deze categorieën hoort een eigen beloningsregime. De Algemene Rekenkamer beoordeelt de invloed die de Staat uitoefent op de bezoldiging van bestuurders van staatsdeelnemingen aan de hand van deze categorisering.<sup>119</sup> De totale maximale beloning – de vaste én maximale variabele beloning – van een bestuurder wordt bepaald aan de hand van een publieke en private referentiegroep die beide een bepaalde weging kennen.<sup>120</sup> Het streven is aldus een zo objectief mogelijke analyse te maken. Hoe zwaarder de niet-concurrerende (publieke) activiteiten wegen en dus hoe kleiner de concurrerende (markt)activiteiten des te lager is de beloning ten opzichte van die van bestuurders van vennootschappen waarin de overheid niet deelneemt.

Het beoordelingskader is nadien met enige punten aangevuld. Wezenlijk is dat de *variabele beloningen* voor bestuurders worden gemaximeerd op 20% van het vaste salaris.<sup>121</sup> Dit nieuwe beloningsbeleid heeft tot een aanzienlijke matiging geleid.<sup>122</sup> Het is eigenlijk overbodig om te zeggen hoezeer dit beloningsbeleid aansluit bij en onderdeel uitmaakt van de publiek belang benadering in het staatsdeelnemingenbeleid. Als er ergens van gezegd kan worden dat onder leiding van de vorige minister van Financiën, Dijsselbloem, een kleine revolutie heeft plaatsgevonden dan is het wel hier.

Voor de *stichting* kent het BW ter zake geen voorschriften, dus op die titel kan voor overheidsstichtingen dan ook geen beloningsbeleid worden gevoerd. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat (mede) ten aanzien van de bezoldiging van de bestuurders en

---

<sup>116</sup> Zie het amendement De Vries c.s., Kamerstukken II 2002/03, 28 179, nr. 8.

<sup>117</sup> Kamerstukken II 2008/09, 28 479, nr. 39. Deze beloningssystematiek blijft ook in de toekomst het uitgangspunt, aldus de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 61.

<sup>118</sup> Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 63, 64.

<sup>119</sup> Algemene Rekenkamer, *De Staat als aandeelhouder. Over het beheer van staatsdeelnemingen*, p. 36, 37 (bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 28 165, nr. 183).

<sup>120</sup> Zie over de werking van de referentiegroepen in het bijzonder ook: Kamerstukken II 2009/10, 28 165, nr. 111, p. 3, 4.

<sup>121</sup> Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, p. 59, 60.

<sup>122</sup> De maximale beloningen voor nieuwe bestuurders werden tussen 2008 en 2014 gemiddeld met 28% gematigd, aldus het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2014, p. 17, 18 (bijlage bij Kamerstukken II 2015/16, 28 165, nr. 227). In het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2016, p. 20 (bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 28 165, nr. 274) wordt erop gewezen dat vanaf 2017 geen enkele bestuurder van een staatsdeelneming meer dan twintig procent variabele beloning ontvangt.

commissarissen van overheidsstichtingen *wettelijke* maatregelen zijn getroffen. Behoudens uitzonderingen is de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) niet van toepassing op overheidsvennootschappen maar wel op overheidsstichtingen. De gedachte achter het in beginsel niet van toepassing zijn van de WNT op staatsdeelnemingen is dat deze reeds in voldoende mate onder het regime van het rechtspersonenrecht vallen en de Staat als aandeelhouder uit dien hoofde voldoende bevoegdheden toekomen om het beloningsbeleid te reguleren.<sup>123</sup>

Het is hier niet de plaats om de werking en reikwijdte van de – complexe – WNT volledig uit de doeken te doen. De WNT verbindt een maximum aan de bezoldiging en de ontslagvergoeding van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector. Bovendien bevat hij een openbaarmakings- en meldplicht. De WNT schrijft uitdrukkelijk een maximum voor van €178.000,-- voor de bezoldiging van topfunctionarissen (art. 2.3 lid 1). Per 1 januari 2015 is dit plafond verlaagd naar 100% van het ministersalaris. Het bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd. Als topfunctionarissen worden behalve de bestuurders met name ook de leden van de “hoogste toezichthoudende organen” – de leden van de raad van commissarissen of raad van toezicht – aangemerkt. De maximumbezoldiging van de topfunctionarissen-toezichthouders wordt van het algemene maximum afgeleid: 15% voor de voorzitter en 10% voor de (overige) leden.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in de sectorspecifieke wetgeving zowel ten aanzien van overheidsvennootschappen als overheidsstichtingen (aanvullende) voorschriften met betrekking tot de bezoldiging zijn opgenomen. In de regel gaat het om een vaststellings- of goedkeuringsbevoegdheid van de betrokken bewindspersoon. Een goed voorbeeld bieden de verschillende voorschriften van de Mediawet 2008 die betrekking hebben op de bezoldiging van onder anderen de bestuurders en leden van de raad van toezicht van overheidsstichtingen op dat terrein, zoals de NPO, de NOS en de NTR.

## **7. Goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden**

In sectorspecifieke wetgeving zijn uiteenlopende goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden ten aanzien van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen toegekend. De sectorspecifieke wettelijke voorschriften kunnen de rechtspersonenrechtelijke regels aanvullen maar ook doorkruisen of ervan afwijken. Met name de sectorspecifieke goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden jegens *overheidsvennootschappen* kunnen op gespannen voet staan met het systeem van het rechtspersonenrecht. Een belangrijk verschil tussen de vennootschap en de stichting is dat op grond van het rechtspersonenrecht de statuten de goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheid uitsluitend aan een in boek 2 BW vermeld orgaan van de vennootschap kunnen toekennen; voor de stichting geldt deze beperking niet. Het onderwerpen van een bestuursbesluit van een vennootschap aan de goedkeuring of een aanwijzing van derden is derhalve statutair niet mogelijk. Deze beperking blijkt uitdrukkelijk uit de wet. Ingevolge art. 2:129 lid 3 BW kunnen besluiten van het bestuur bij of krachtens de statuten slechts worden onderworpen aan de goedkeuring van een *orgaan van de vennootschap*. Ingevolge art. 2:129 lid 4 BW kunnen de statuten bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een *orgaan van de vennootschap* die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen.<sup>124</sup> De ratio van de beperking tot deze organen is dat een eventuele bevoegdheid voor anderen het in het vennootschapsrecht nauwkeurig uitgewerkte evenwicht tussen de organen van de

---

<sup>123</sup> Kamerstukken II 2010/11 32 600, nr. 3, p. 21.

<sup>124</sup> Art. 2:239 lid 3 en 4 BW drukt deze norm voor de BV uit in iets andere bewoordingen. Deze verschillen kunnen hier terzijde blijven, nu de overheidsvennootschap vrijwel steeds een NV is.

vennootschap zou kunnen verstoren.<sup>125</sup> Art. 2:78a BW biedt een limitatieve opsomming van de in dit verband te begrijpen organen. Een statutaire goedkeurings- of aanwijzingsbevoegdheid voor de overheid als zodanig is derhalve ten aanzien van het bestuur van de vennootschap niet mogelijk. Zulks zou in strijd zijn met art. 2:129 lid 3 respectievelijk art. 2:129 lid 4 jo. art. 2:78a BW.

Dit laatste ligt echter anders indien een sectorspecifieke wettelijke bepaling daarin voorziet. Zo zijn er specifieke wettelijke voorschriften die aan bepaalde bestuursorganen *als derde* de bevoegdheid toekennen om bepaalde besluiten van overheidsvennootschappen goed te keuren of om bepaalde aanwijzingen aan het bestuur van de overheidsvennootschappen te geven.

De waterleidingbedrijven zijn, één uitzondering daargelaten, 100%-overheidsvennootschappen, waarvan de aandelen volledig in handen zijn van gemeenten en provincies.<sup>126</sup> De Drinkwaterwet bevat verschillende goedkeuringsbevoegdheden, niet alleen voor organen van het drinkwaterbedrijf maar ook voor de minister van I&M. Deze minister heeft ingevolge art. 17 Drinkwaterwet de bevoegdheid, indien hij meent dat er sprake is van een verboden rechtshandeling in de zin van de Drinkwaterwet, een aanwijzing te geven aan de daarbij betrokken personen tot het binnen een bepaalde termijn beëindigen van die handeling dan wel ongedaan maken van de gevolgen van die handeling.<sup>127</sup>

Op grond van de Elektriciteitswet 1998 is het de landelijke beheerder van het hoogspanningsnet, TenneT, een 100%-overheidsvennootschap, niet toegestaan haar statuten te wijzigen dan nadat aan de wijziging door de minister van EZ goedkeuring is verleend (art. 11a lid 2). De Autoriteit Consument & Markt (ACM) kan ingevolge art. 5a Elektriciteitswet 1998 een “bindende gedragslijn” opleggen in verband met de naleving van het bepaalde bij de Elektriciteitswet 1998 en de ter zake vigerende Europese verordeningen. In de literatuur wordt deze bindende gedragslijn aangeduid als een bindende aanwijzing.<sup>128</sup>

Denkbaar is dat op grond van de sectorspecifieke wettelijke voorschriften niet alleen het politiek verantwoordelijke bestuursorgaan, de minister, vooraf voor bepaalde bestuursbesluiten zijn goedkeuring moet geven maar dat ook *het algemeen vertegenwoordigend orgaan* bij de totstandkoming van het bestuursbesluit wordt betrokken. Zo volgt uit art. 20e Elektriciteitswet 1998 dat een bijzondere investering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet (d.w.z.: TenneT) niet wordt goedgekeurd dan nadat zij aan *beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd*; de wettelijke maatstaf voor de ministeriële goedkeuring is de noodzakelijkheid van de investering gelet op het belang van een duurzame, betrouwbare en efficiënte energievoorziening. De netbeheerders schatten overigens in tot het jaar 2050 maar liefst €70 miljard te moeten investeren in de vervanging en uitbreiding van de huidige netten.<sup>129</sup>

Er zijn ook allerlei overheidsstichtingen waarvan op grond van sectorspecifieke wettelijke voorschriften de beslissingen van het bestuur of de raad van commissarissen zijn onderworpen aan goedkeuring door een derde dan wel dat het bestuur en de raad van commissarissen zich dienen te gedragen naar de aanwijzingen van een derde. Dit komt bijvoorbeeld voor in de financiële sector (art. 4 en 6 Wet stichting administratiekantoor beheer financiële instellingen) en in het onderwijs (o.a. art. 163b WPO en art. 103g WVO).<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl. reeds Schreuder 1994, p. 197, 198 en 220.

<sup>126</sup> M.u.v. één stichting. Zie Wilkeshuis 2010, p. 280.

<sup>127</sup> Waarover Wilkeshuis 2010, p. 293.

<sup>128</sup> Wilkeshuis 2010, p. 346 en Nijland 2013, p. 339.

<sup>129</sup> Kamerstukken II 2013/14, 31 510, nr. 49, p. 5.

<sup>130</sup> Waarover M.F. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs. De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren*, diss. VU, Den Haag: BJu 2017, p. 336 e.v.

Bij overheidsstichtingen is dit in zoverre minder bijzonder dat deze wettelijke voorzieningen het stichtingenrecht niet snel doorkruisen. Immers, de titel over stichtingen van boek 2 BW staat niet in de weg aan het toekennen van goedkeuringsbevoegdheden aan andere partijen.

Overigens komen de rechtsfiguren van de goedkeuring en de aanwijzing met een sectorspecifieke wettelijke grondslag ook veel voor buiten de kring van de overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. In de wereld van het financieel toezicht is de aanwijzingsbevoegdheid die DNB en AFM kunnen uitoefenen jegens financiële ondernemingen en andere financiële instellingen nogal berucht (vgl. art. 1:75 Wft). Verschil is evenwel dat deze op de Wft gebaseerde aanwijzingsbevoegdheid primair toegepast wordt indien er sprake is van een overtreding – dan wel indien de toezichthouder tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen, van de financiële onderneming in gevaar kan brengen. Dergelijke stringente beperkingen gelden niet steeds voor de uitoefening van de goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden ten aanzien van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. Zulks is afhankelijk van de precieze toepasselijke sectorspecifieke wettelijke voorschriften.

Ten slotte dient niet uit het oog te worden verloren dat de uitoefening van een goedkeurings- of aanwijzingsbevoegdheid met een specifieke wettelijke grondslag de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid door een bestuursorgaan inhoudt. Dit brengt met zich dat daarvoor in beginsel de bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat (art. 8:1 jo 1:3 Awb). Vanzelfsprekend is dit een essentieel verschil met de goedkeurings- of aanwijzingsbevoegdheid die louter op de statuten is gebaseerd.

## **8. Publiekrechtelijke overheid dan wel overheidsvennootschap of overheidsstichting?**

Van oudsher wordt in de literatuur meer dan eens de vraag opgeworpen hoe moet worden geoordeeld over de omstandigheid dat publieke belangen niet alleen door de publiekrechtelijke overheid worden behartigd maar in het bijzonder ook door overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. Gesproken wordt wel over de overheid in “privaatrechtelijke vermomming”, waarmee bepaald geen compliment wordt uitgedeeld.<sup>131</sup> Oogmerk van deze bijdrage was niet die discussie nog eens over te doen.<sup>132</sup> Zoals gezegd, was de bedoeling veeleer de dominantie van het staatsdeelnemingenbeleid en het gebruik van enige beïnvloedingsinstrumenten, al dan niet voorzien van een sectorspecifieke wettelijke grondslag, voor het voetlicht te brengen.

Wel is het de moeite waard om – tegen de achtergrond van de vorige paragrafen – even te kijken naar de wenselijkheid van de vervulling van een publieke taak door een overheidsvennootschap of overheidsstichting. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de – in feite zeer lichte – voorkeur voor de publiekrechtelijke rechtsvorm in de decentrale organieke wetgeving wordt ingegeven doordat aan het gebruik van de publiekrechtelijke rechtsvorm meer waarborgen worden toegedacht. De aandacht gaat daarbij in het bijzonder uit naar het toepasselijke recht. Publiekrechtelijke rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht, zoals de Gemeente- en Provinciewet en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen: “Hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden,

---

<sup>131</sup> Dit pejoratieve beeld gaat terug op B. de Goede, *Het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, preadviezen VAR, Haarlem 1956, p. 44.

<sup>132</sup> Zie daarvoor m.n. J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman & F.K. Buijn, *Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken*, in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, preadvies NJV, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 241 e.v.

repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid.”<sup>133</sup> Op zichzelf valt deze gedachtegang goed te begrijpen: de overheid als publiekrechtelijke rechtspersoon is onderworpen aan een ander rechtsregime dan de overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen. Dat neemt niet weg dat de afweging pas goed kan worden gemaakt indien ook het rechtsregime dat op overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen van toepassing is in deze afweging wordt betrokken. Dan is het veel minder evident dat de publiekrechtelijke rechtsvorm steeds de voorkeur zou moeten verdienen.

Neem bijvoorbeeld de beïnvloedingsmogelijkheden die de overheid ten aanzien van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen kan toepassen. Niet gezegd is dat de minister die met behulp van een statutaire aanwijzingsbevoegdheid toezicht uitoefent op een *overheidsstichting*, op achterstand staat vergeleken met zijn toezicht op een (zelfstandige) *publiekrechtelijke* rechtspersoon. En mocht in een bepaald geval het privaatrechtelijke instrumentarium onvoldoende lijken, dan kan de wetgever de minister te hulp komen door de toekenning van sectorspecifieke wettelijke beïnvloedingsmogelijkheden ten aanzien overheidsstichting of overheidsvennootschap. Anders dan in het verleden in de parlementaire geschiedenis wel is opgemerkt, en aldaar nog steeds wordt herhaald,<sup>134</sup> blijkt al met al niet dat de overheid ten aanzien van overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen in zijn algemeenheid op achterstand staat vergeleken met de beïnvloedingsmogelijkheden waarover zij ten aanzien van (andere) publiekrechtelijke rechtspersonen beschikt.

Vrij onlangs is door de Venetië Commissie (officieel: Europese Commissie voor Democratie door Recht) van de Raad van Europa een toetsingskader uitgevaardigd aan de hand waarvan wordt beoordeeld in hoeverre de lidstaten de beginselen van de democratische rechtsstaat in acht nemen.<sup>135</sup> Voor semipublieke en private partijen die belast zijn met een publieke taak neemt deze commissie – mijns inziens terecht – tot uitgangspunt dat deze partijen aan dezelfde rechtsstatelijke eisen dienen te voldoen als de publiekrechtelijke overheid.<sup>136</sup> Dat toetsingskader zou mijns inziens ook ten onzent goede diensten kunnen bewijzen. Wanneer we het regime van boek 2 BW in samenhang bezien met het overheidsbeleid dat binnen dit kader jegens overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen wordt gevoerd en voorts, voor zover van toepassing, de uiteenlopende sectorspecifieke wettelijke voorschriften daarbij in ogenschouw nemen, dan kan ons stelsel, naar het zich laat aanzien, de toets der kritiek vrij goed doorstaan. Naarmate de overheid over een sterker ontwikkeld stelsel van beïnvloedings- en toezichtsinstrumenten beschikt, valt steeds moeilijker uit te leggen wat het echte bezwaar zou zijn van het gebruik van een overheidsvennootschap of overheidsstichting voor de behartiging van bepaalde publieke belangen. Voor het specifieke punt van de transparantie van de benoemingen zou ik daarop evenwel in beginsel een uitzondering willen maken: voor veel publieke taken voldoet een benoeming via de achterdeur niet aan de eisen die daaraan in een moderne democratische rechtsstaat worden gesteld.

---

<sup>133</sup> Kamerstukken II 1988/89, 19 836, nr. 9, p. 106 (Memorie van Antwoord Provinciewet 1992). Zie voor de onderbouwing van deze norm eveneens: Kamerstukken II 2012/13, 33 691, nr. 3, p. 14 (Institutionele bepalingen). Zie voor een beknopt overzicht van de parlementaire geschiedenis: *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden*, Bruikbare rechtsorde-rapport 2006, p. 12-14; aangeboden bij Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 50.

<sup>134</sup> Zie de vorige noot.

<sup>135</sup> Waarover: P. van Dijk, Toetsing aan de beginselen van de rechtsstaat: de Venetië Commissie, in: M. Bosma, D. van Leeuwen & O. van Loon (red.), *Graag nog even bespreken*, (Lubberdink-bundel), Raad van State 2016, p. 137 e.v.

<sup>136</sup> *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007.



## **9. Slot**

Het zal duidelijk zijn dat aangezien de organieke wetgeving betrekkelijk weinig normatieve houvast biedt, de overheid relatief veel ruimte heeft om haar eigen beleid met betrekking tot overheidsvennootschappen en overheidsstichtingen gestalte te geven. De regels van boek 2 BW bieden daarvoor de royale kaders. In dit bestek is vooral het staatsdeelnemingenbeleid, dat tegenwoordig de behartiging van bepaalde publieke belangen door de overheidsvennootschap tot leidraad neemt, de laatste jaren tot volle wasdom gekomen. De invloed van dit beleid, dat primair gericht is op de behartiging van het publiek belang, moet bepaald niet worden onderschat. Dit beleid ligt ten grondslag aan het gebruik van de toezichts- en andere beïnvloedingsinstrumenten waarover de overheid als meerderheidsaandeelhouder dan wel rechtstreeks op grond van de statuten of sectorspecifieke wetgeving beschikt, zoals ten aanzien van de benoemingen, de bezoldiging en de goedkeurings- en aanwijzingsbevoegdheden.

\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.